

Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht

Ein Beitrag zur Lehre vom
fiduziarischen Rechtsgeschäft

Dissertation

der Rechts und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur
Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von

Jürg Blass

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. K. Oftinger

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Lebenslauf

Ich wurde am 6. Mai 1927 in meiner Vaterstadt Zürich geboren und besuchte hier Primar-, Mittel- und Hochschule. Mein juristisches Studium schloß ich am 2. Mai 1953 ab. In die Studienzeit fallen rund 550 Tage Militärdienst.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507222_0119

Die Sicherungsübereignung im schweizerischen Recht

Ein Beitrag zur Lehre vom
fiduziarischen Rechtsgeschäft

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Zürich zur
Erlangung der Würde eines Doktors
beider Rechte

vorgelegt von

Jürg Blass

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. K. Otfinger

Buchdruckerei H. R. Sauerländer & Co. Aarau

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät
gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender
Dissertation, ohne damit zu den darin ausge-
sprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 2. Mai 1953.

Der Dekan:
Prof. Dr. W. BICKEL



Meinem Vater
zum siebzigsten Geburtstag
gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Bibliographie I. Bemerkungen	9
II. Verzeichnis	9
Abkürzungen und Zitierweise	28
I. Allgemeine Abkürzungen, Gesetze und Periodika	28
II. Nur mit dem Verfassernamen zitierte Schriften	29
III. Zitierweise	30

Allgemeiner Teil

1. Kapitel: Grundlagen	33
§ 1. Einleitung: Von dem Kredit und der Kreditsicherung, insbesondere von der Sicherungsübereignung	33
§ 2. Historische Betrachtung, zugleich Untersuchung der genetischen Eigenart des fiduziarischen Rechtsgeschäftes	38
I. Die fiducia im römischen Rechte	38
II. Analyse der Entwicklung	42
§ 3. Die Entwicklung der Sicherungsübereignung als Umgehungsgeschäft	45
I. Die Sicherungsübereignung in der Schweiz vor Erlaß des ZGB	45
II. Die Bedeutung der Sicherungsübereignung in Deutschland	49
2. Kapitel: Rechtsnatur und Zulässigkeit	56
§ 4. Rechtsnatur	56
I. Ausgangspunkt und Methode	56
A. Grundsätzliches zur Vertragsfreiheit	56
B. Die Vertragsfreiheit des schweiz. OR	57
C. Methode	58
II. Begriff der Sicherungsübereignung	60
III. Vergleich mit der Schenkung	62
IV. Vergleich mit dem Kauf	63
V. Vergleich mit dem Auftrag	67
VI. Vergleich mit der Leistung an Erfüllungsstatt (datio in solutum) und erfüllungshalber (datio solutionis causa)	68
VII. Vergleich mit der Pfandbestellung	71
VIII. Ergebnis	72
IX. Das Problem der Rechtsanwendung	73
§ 5. Zulässigkeit	75
I. Die Frage des Verstoßes gegen die Schranken der Vertragsfreiheit	75
A. Allgemeines	75
B. Die Schranke der öffentlichen Ordnung	75
C. Die Schranke des Persönlichkeitsrechts	77
II. Die Frage der Gesetzesumgehung, insbesondere das Verbot des Verfallvertrages	78
A. Allgemeines und Fragestellung	78
B. Ist die lex commissoria der Sicherungsübereignung immanent?	81

C. Kann die <i>lex commissoria</i> gültig vereinbart werden?	82
a. Problem und Methode	82
b. Analyse des Verfallverbotes	83
c. Unzulässigkeit des Umkehrschlusses aus ZGB Art. 717	84
d. Vergleich der Ausgangssituation bei Sicherungsübereignung und Pfandbestellung	85
e. Das Verbot gilt schlechthin	86
D. Zusammenfassung	86
3. Kapitel: Von der Sicherheitsleistung und dem fiduziarischen Eigentum	87
§ 6. Von der Sicherungsleistung	87
I. Begriff der Sicherheitsleistung	87
II. Die Frage der Bereicherung	87
III. Die Frage der Entgeltlichkeit	89
A. Allgemeines: Entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen	89
B. Entgeltlichkeit des Sicherungsgeschäftes	89
a. bezüglich des Ausgangspunktes	90
b. bezüglich des Endzweckes	90
C. Die Entgeltlichkeitsfrage bei der Interzession	91
IV. Gegenstand der Sicherungsübereignung; die Problematik der fiduziarischen Übereignung von Grundstücken	91
V. Natur der gesicherten Forderung	93
§ 7. Das fiduziarische Eigentum	94
I. Unteilbarkeit des Eigentums	94
II. Bedeutung des Vertrauens	97
III. Das sogenannte Treuhandrecht	99
IV. Lösung des Eigentumsproblem in dualistischen Rechtsordnungen	100
V. Miteigentum	102
4. Kapitel: Die Eigentumsübertragung	104
§ 8. Die Übergabe der Sache	104
I. Allgemeines	104
II. Übergabe der Sache durch Tradition	105
A. Allgemeines	105
B. Mitbesitz (im engeren Sinne)	105
C. Gesamtbesitz	107
III. Übergabe der Sache durch Traditionssurrogate	107
A. Übergabe durch <i>constitutum possessorium</i>	107
a. Entwicklung	107
b. Das besondere Rechtsverhältnis	108
c. Umgehung von ZGB Art. 884 III	109
d. Benachteiligung Dritter	109
e. Umgebungsabsicht	111
f. Unwirksamkeit gegenüber Dritten	112
B. Übergabe durch Besitzeinweisung und <i>brevi manu traditio</i>	115

§ 9. Der gültige Rechtsgrund	116
I. Kausale und abstrakte Übereignung	116
A. Das Problem	116
B. Gegenüberstellung der unterschiedlichen Wirkungen	117
C. Die Kontroverse	118
D. Bejahung des kausalen Prinzips	119
a. in der Judikatur	119
b. in der Doktrin	120
E. Anhang: Verzicht auf den dinglichen Vertrag	121
II. Der Rechtsgrund der fiduziarischen Eigentumsübertragung	122
A. Das Problem	122
B. Der Begriff der causa (im Sinne der Fragestellung)	126
a. Die Kausalrelation im allgemeinen	126
b. Die rechtliche Kausalrelation	127
aa. Beschränkung der relevanten Ursachen	127
bb. Arten der relevanten Ursachen	127
cc. Der menschliche Wille als Ursache	128
dd. Resultat	129
C. Der Begriff der causa (im Sinne der Antwort)	129
a. Terminologische Betrachtung	129
b. Historische Betrachtung	131
c. Konstruktive Betrachtung	133
d. Teleologische Betrachtung	133
e. Resultat	134
D. Die Besonderheit des fiduziarischen Rechtsgeschäftes als causa einer Eigentumsübertragung	136
E. Der Rechtsgrund der fiduziarischen Übereignung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes	138
III. Wirkungen der kausalen Eigentumsübertragung auf die fiduziarische Übereignung, insbesondere auf die Sicherungsübereignung	140
A. Ausgangspunkt	140
B. Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung bei der Entstehung des Rechtsgrundes	141
C. Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung beim Wegfall des Rechtsgrundes	142
D. Keine Abhängigkeit des Eigentums von der Höhe der Forderung	143
E. Die Frage der Wandergemeinschaft	144

Besonderer Teil

§ 10. Die Auslegung von Sicherungsübereignungsverträgen	147
I. Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Vertrages	147
A. Kauf	147
B. Sicherungsgeschäft	147
a. Simulation	147
aa. dissimulierte Verpfändung	148
bb. dissimulierte Sicherungsübereignung	148
b. Falsa demonstratio	148

II. Allgemeine Auslegungsregeln	149
III. Besondere Anhaltspunkte	150
A. Sicherungszweck weist gegen Kauf	150
B. Indizien für den Sicherungszweck	150
C. Ernstlichkeit der Übereignung	151
D. Weitere Anhaltspunkte	151
E. Simulation dient bei der Sicherungsübereignung dem Parteizweck nicht	152
IV. Die Gerichtspraxis	152
§ 11. Betreibungsrechtliche Verhältnisse	153
I. Konkurs	153
A. Allgemeines	153
a. Das Prinzip der Generalität der Exekution	153
b. Das Problem fiduziarischen Eigentums im Konkurs	154
B. Konkurs des Fiduziars	156
a. Wenn der Fiduziant an die Konkursmasse leistet	156
aa. Bei abstrakter Übereignung	156
aaa. Bei unbedingter Übereignung	157
bbb. Bei resolutivbedingter Übereignung	157
bb. Bei kausaler Übereignung	157
b. Wenn der Fiduziant nicht an die Konkursmasse leistet	158
C. Konkurs des Fiduzianten	158
II. Pfändung	159
A. Pfändung auf seiten des Fiduziars	159
B. Pfändung auf seiten des Fiduzianten	159
III. Die paulianische Anfechtung	159
A. Allgemeines	159
B. Überschuldungsanfechtung (SchKG Art. 287)	160
C. Absichtsanfechtung (SchKG Art. 288)	161
D. Schenkungsanfechtung (SchKG Art. 286)	162
§ 12. Rechte und Pflichten der Parteien	162
I. Allgemeines	162
II. Pflichten des Fiduziars	163
A. Vor der Schuldfälligkeit	163
a. Grundsätzliches	163
b. Pflicht zur Erhaltung des Sicherungsgegenstandes	163
c. Schadenersatzpflicht	164
d. Nutzen	164
B. Bei der Verwertung	165
III. Pflichten des Fiduzianten	166
A. Vor der Schuldfälligkeit	166
a. Ersatz der Verwendungen	166
b. Nachdeckung	166
B. Bei der Verwertung	166
§ 13. Zusammenfassung und Nachwort	166

Bibliographie

I. Bemerkungen

1. Die Rechtsfigur der Sicherungsübereignung spielt im Rechtsleben *Deutschlands* eine ansehnliche Rolle, was sich auch im Umfang des Schrifttums äußert. Das Problem ist zwar für die Schweiz weitgehend ein anderes. Da in der deutschen Literatur jedoch eine annähernd vollständige Bibliographie fehlt, wurden die deutschen Schriften, soweit sie erhältlich waren, in dieses Verzeichnis aufgenommen. Im Text fanden sie nur teilweise Berücksichtigung.

2. Was die Literatur zum fiduziarischen Rechtsgeschäft im allgemeinen betrifft, so war Vollständigkeit nicht angestrebt. Eine gute Bibliographie findet sich bei CLAUDE REYMOND, *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire* (Diss. Lausanne 1948).

Aus der Literatur zum sogenannten Treuhandrecht wurde nur das neuere schweizerische Schrifttum verwendet. Ein reichhaltiges Literaturverzeichnis zur Treuhandfrage enthält die umfassende Monographie von WOLFGANG SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, in: *Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht* Nr. 68 (Marburg 1933).

Zum Causa-Problem ist weitere Literatur zusammengetragen in den Arbeiten von MARTIN HOWALD, *Der dingliche Vertrag* (Diss. Zürich 1946) und FERIH BEDII TONGSIR, *Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse* (Diss. Genf 1951).

3. Das wenig umfangreiche schweizerische Schrifttum, welches direkt zur Sicherungsübereignung Stellung nimmt, ist hinten 36 ff. genannt.

4. Das Material wurde bis Mai 1953 berücksichtigt.

II. Verzeichnis

AEBY, PIERRE: *L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse*, in: ZSR 31 (1912) 149 ff.

AMMANN, FRITZ: *Treuhand und Grundbuch* (Diss. Zürich 1946).

AMSLER, ROBERT: *Die Sicherheitshinterlegung im schweizerischen Recht*, in: *Abh. zum schweiz. Recht* NF H. 284 (Diss. Bern 1951).

ARMSTROFF: *Die Schadenersatzpflicht bei Gläubigerbenachteiligung*, in: DJZ 39 (1934) 901 ff.

ASCH, ADOLF: *Sicherungsübereignung und § 419 BGB*, in: JuWo 42 (1913) 188 ff.

BACHOFEN, JOHANN JAKOB: *Das römische Pfandrecht I* (Basel 1847).

BÄTSCHI, JOSIAS: *Das Schuldbekenntnis nach Schweizerrecht* (Diss. Zürich 1925).

BAUER-MENGELBERG, R.: *Mala fides superveniens bei Sicherungsübereignungen*, in: JuWo 61 (1932) 100 ff.

BAUMGARTEN, ARTHUR: *Bemerkungen zur Lehre von der «causa»*, in: *Festgabe für Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht* (Basel 1934) 1 ff.

BECHMANN, AUGUST: *Der Kauf nach gemeinem Recht I/II/III* (Erlangen 1876/84/1905).

BECKER, HERMANN: *Kommentar zum ZGB*, 6. Band: *Obligationenrecht 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen* (2. A. Bern 1941) 2. Abteilung: *Einzelne Vertragsverhältnisse* (Bern 1934).

- BECKER, W.: Die Einwirkung von § 11 des Steueranpassungsgesetzes v. 16. Okt. 1934 auf die Entscheidung der Frage, ob dem Sicherungseigentümer gegenüber dem pfändenden Steuerfiskus ein die Veräußerung hinderndes Recht zusteht, in: JuWo 63 (1934) 3237 ff.
- BERGMAIER, HANS: Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF H. 110 (Diss. Zürich 1945).
- BERNDORFF, WILHELM: Die Annahme an Erfüllungsstatt (Diss. Berlin 1904).
- BERNSTEIN, OTTO: Die Nachteile des Registerpfandrechts, in: DJZ 31 (1926) 735.
- BETTI, EMILIO: Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (causa) des Rechtsgeschäfts, in: Festschrift Paul Koschaker I (Weimar 1939) 296 ff.
- BINDSCHIEDLER, RUDOLF L.: Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit, in: SJZ 38 (1941/42) 292 ff.
- BING, WALTER: Die fiduziarischen Rechtsgeschäfte im Konkurse des Treuhänders (Diss. Straßburg i. E. 1916).
- BINNEWIES, OTTO: Die Verlautbarung bei der Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern (Diss. Göttingen 1922).
- BIRCHLER, L.: Zur Frage der Anfechtbarkeit von Pfandbestellungen nach Art. 288 SchKG (Deliktspauliana), in: SJZ 22 (1925/1926) 1 ff.
- BLOCH, KONRAD: Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht, in: SJZ 46 (1950) 65 ff.
- BLUMENSTEIN, ERNST: Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes (Bern 1911).
- BOECK, MAX: Sicherungsübereignung und Schuldübernahme, in: LZ 16 (1922) 241 ff.
– Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Göttingen 1913).
- BÖCKLI, ALFRED: Das Recht des Pfandgläubigers zum Selbsteintritt bei der Pfandverwertung, in: SJZ 20 (1923/24) 301 ff.
- BOELEN, HERMANN: Die Sicherung einer Forderung durch Sicherungsübereignung des Warenlagers eines Detailgeschäftes (Diss. Leipzig 1911).
- BONENKAMP, WILHELM: Die fiduziarische Sicherungsübereignung beweglicher Sachen (Diss. Jena 1910).
- BONNANT, GEORGES: La consignation en droit civil suisse (Diss. Genf. 1950).
- BOSCHAN: Sicherungsübereignung und Gläubigernot, in: JuWo 41 (1912) 8 ff.
- BOSSHARD, ALBERT: Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungsstatt (Diss. Zürich 1926).
- BOSSART, FRITZ: L'interprétation des contrats (Diss. Genf 1939).
- BOVAY, SAMUEL: Acte translatif de propriété et condition (Diss. Lausanne 1938).
- BOVENSIEPEN, RUDOLF: Sicherungsübereignung, im HWB der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo/Elster V (Berlin/Leipzig 1927) 473 ff.
- BRANDENBURGER, ARTUR: Die Sicherungsübereignung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung (Diss. Göttingen 1924).
- BRAUN, ERNST: Zur Konstruktion des Schuldbekenntnisses nach Art. 17 OR, in: ZBJV 71 (1935) 353 ff.
– Das selbständige Forderungsrecht (Diss. Bern 1935).
- BREMER, HELMUT: Die Bestimmtheit der Übereignungsgegenstände bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande (Diss. Göttingen 1928).

- BRODMANN, ERICH: Die fiduziarische Verfügung . . ., in: Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Bd. 2. Abt. (Leipzig 1918) S. 60 ff.
- BRUNNER, MAX: Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (Trust) (Diss. Bern 1931).
- BUCHER, HANS: Die Sicherungsübereignung im Bankverkehr beim Dokumentenkredit (Diss. Heidelberg 1925).
- BÜRGI, WOLFHART F.: Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweizerischem Recht (Zürich 1950) 199 ff.
- BUESS, MAX: Streitfragen des Fahrnispfandrechts (Diss. Basel Maschinenschrift 1945).
- BUELOW, SALOMO: Die Sicherungsübereignungen (Diss. Göttingen 1894).
- BURCKHARDT, WALTHER: Individualismus und Sozialismus, in: Schweizerische Monatshefte für Politik und Kultur 10 (1930) 9 ff.
- Die Auslegung der Verträge, in: ZBJV 71 (1935) 425 ff.
 - Methode und System des Rechts (Zürich 1936).
 - Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944).
 - Einführung in die Rechtswissenschaft (2. A. Zürich 1948).
- BURDESE, ALBERTO: Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus (Turin 1949).
- BUSSY, ANDRÉ: Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Lausanne 1922).
- CAPITANT, HENRI: De la cause des obligations (mehrere Auflagen, 1. Paris 1923).
- CARRY, PAUL: Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Genf 1927).
- Considérations sur le transfert des actions nominatives, in: Festgabe für Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht (Basel 1934) 30 ff.
- CASPARI, FRITZ: Sicherungsübereignung und Sicherungszession nach gemeinem Recht und BGB (Diss. Rostock 1903).
- Sicherungsübereignungsverträge, in: JuWo 64 (1935) 674 ff.
- CEBULLA, ALFONS: Die Sicherungsübereignung . . . mit besonderer Berücksichtigung des Konkurses und der Zwangsvollstreckung (Diss. Breslau 1925).
- CHARMATZ, HANS: Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Abh. der Universität Prag H. 11 (Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1937).
- COLDITZ, ELEONORE: Sittenwidrige und zum Schadenersatz verpflichtende Sicherungsübereignungen (Diss. Leipzig 1934).
- COSACK, KONRAD/MITTEIS, HEINRICH: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Band 1. Abteilung: Sachenrecht. Wertpapiere. (7./8. A. Jena 1924).
- CRISOLLI, KARL-AUGUST: Zur Sicherungsübereignung von Abzahlungsgegenständen, in: JuWo 63 (1934) 329 ff.
- CZYHLARZ, KARL VON/NICOLÓ, MARIAN SAN: Lehrbuch der Institutionen des römischen Privatrechts (19. A. Wien/Leipzig 1933).
- DAENIKER, HEINRICH: Die Mobiliarhypothek im modernen schweizerischen und französischen Recht (Diss. Zürich 1908).

- DANCKELMANN: Zur Behandlung des Sicherungseigentums im Interventionsprozeß, in: DJZ 39 (1934) 446 ff.
- DAVID, HEINRICH: Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte (Diss. Zürich 1926).
- DEGENKOLB, HEINRICH: Ein pactum fiduciae, in: ZFRG 9 (1870) 117 ff.
- DERNBURG, HEINRICH: System des Römischen Rechts I/II (8. A. bearbeitet von Paul Sokolowski, Berlin 1911/12).
- Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I/II (Leipzig 1860/64).
- DOBRINER, LEO: Die Sicherungsübereignung eines Warenlagers (Diss. Heidelberg 1910).
- DOERNBERG, WOLFGANG: Die Eigentumsverhältnisse bei der Sicherungsübereignung und ihre Auswirkung auf die Zwangsvollstreckung (Diss. Marburg 1934).
- DÜRINGER, ADELBERT: Zur Lehre vom Sicherungskauf, in: LZ 2 (1908) 97 ff.
- Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung, in: LZ 5 (1911) 417 ff.
- DÜRINGER, ADELBERT/HACHENBURG, MAX/HOENIGER, VICTOR: Das Handelsgesetzbuch (Kommentar) 4. Band: Allgemeine Einleitung und §§ 343–372 (Mannheim/Berlin/Leipzig 1932).
- EGER, OTTO: Kausale Tradition und Kondiktion im neuen schweizerischen Recht, in: ZSR 33 (1914) 334 ff.
- EGGER, AUGUST: Kommentar zum ZGB, 1. Band: Einleitung – Personenrecht (2. A. Zürich 1930). 2. Band: Familienrecht, 2. Abteilung: Verwandtschaft (2. A. Zürich 1943).
- Über Scheinehen, in: Festgabe Fritz Fleiner (Zürich 1937) 85 ff.
 - Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Zürich 1939).
- EGGER, FRITZ: Die Viehverpfändung im schweiz. ZGB (Diss. Bern 1922).
- EHRENZELLER, MAX: Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1951).
- EHRENZWEIG, ARMIN: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts 1. Band 2. Hälfte: Sachenrecht (Wien 1923).
- EICHLER, HERMANN: Die Rechtslehre vom Vertrauen (Tübingen 1950).
- EISENBERG, OSWALT: Sicherungsübereignung und Registerpfand (Diss. Marburg 1928).
- ENDERLE, JOSEPH: Das Besitzkonstitut nach Art. 717 des schweiz. ZGB (Diss. Basel Maschinschrift 1941).
- ENGEL, WILHELM: Sicherungsübereignung und Sicherungssession (Diss. Rostock 1902).
- ENGI, ANDREA: Die Fahrnisverschreibung im schweizerischen Recht (Diss. Bern 1929).
- ENNECCERUS, LUDWIG/NIPPERDEY, HANS CARL: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I Einleitung, Allgemeiner Teil (13. Bearbeitung Marburg 1931).
- ENNECCERUS, LUDWIG/LEHMANN, HEINRICH: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil, Allgemeine Lehren / 2. Teil, Einzelne Schuldverhältnisse (13. Bearbeitung Tübingen 1949/50).
- EPPIG: Sicherungsübereignung oder Registerpfandrecht, in: DJZ 39 (1934) 717 ff.
- ERATH: Bestimmtheit des Leistungsgegenstandes bei Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, in: Arch.f.civ.Pra. 128 (127/28) 344 ff.
- ERBE, WALTER: Die Fiduzia im römischen Recht (Weimar 1940).
- Pfandverkauf und Eviktion nach klassischem römischem Recht, in: Festschrift Paul Koschaker I (Weimar 1939) 479 ff.

- ERLANGER, HERBERT: Sicherungseigentum im Interventionsprozeß, in: LZ 26 (1932) 797 ff.
- ERZER, HANS: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht (Diss. Basel Maschinenschrift 1938).
- ESCHER, ARNOLD: Kommentar zum ZGB, 3. Band: Erbrecht 1. Teil (2. A. Zürich 1937).
- FABIAN, ERICH: Zum Gläubigerschutz, in: DJZ 18 (1913) 1132 ff.
- FAERBER: Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt, in: DJZ 34 (1929) 1471 ff.
- FAVRE, ANTOINE: Essai sur la cause des obligations en droit suisse (Diss. Fribourg 1927).
- FEDERMANN, DETLEV: Die Sicherungsübereignung in der Rechtsauffassung unserer Zeit und die Bekämpfung ihres Mißbrauchs (Diss. Erlangen 1936).
- FEHR, ANTON WERNER: Über Hingabe an Erfüllungsstatt (Diss. Leipzig 1902).
- FEILNER, HANS: Sicherungsübereignung oder Registerpfand? (Diss. Hamburg 1929).
- FINGER, KLAUS: Die Bedeutung der auflösenden Bedingung für Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung nach geltendem Recht (Diss. Greifswald 1935).
- FISCHER, GÜNTHER: Das antizipierte Besitzkonstitut, insbesondere bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Rostock 1928).
- FISCHER, HERBERT: Die Sicherungsübereignung (Diss. Leipzig 1908).
- FOGE, WILLI: Die Verwertbarkeit der unter Eigentumsvorbehalt gekauften Sache im Wege der Sicherungsübereignung (Diss. Erlangen 1935).
- FRANZEN, HERMANN: Das Erfordernis der Bestimmtheit des Gegenstandes einer Sicherungsübereignung (Diss. Freiburg i. Br. 1931).
- FRIE, ALFONS: Die Sicherungsübereignung insbesondere im Zwangsvollstreckungs- u. Steuerrecht (Diss. Marburg 1931).
- FRIEDRICH, HANS-PETER: Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, in: ZSR 71 (1952) 439 ff.
- FRIESECKE, WALTER: Zur Frage des Registerpfandrechts, in: JuWo 66 (1937) 441 ff.
- FUCHS, JOHANNES GEORG: Justa causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 35 (Basel 1952).
- FURBACH: Kann ein ganzes Warenlager mit wechselndem Bestande vom Schuldner dem Gläubiger zur Sicherheit übereignet werden?, in: LZ 6 (1912) 902 ff.
- GADOW, WILHELM: im Kommentar von Reichsgerichtsräten zum HGB, 3. Band (Berlin 1941).
- GAUDEMET, EUGÈNE: Théorie générale des obligations (Paris 1937).
- GAUDY, WALTHER: Die rechtliche Behandlung der Simulation (Diss. Zürich 1927).
- GAUTSCHI, GEORG: Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in: SJZ 45 (1949) 301 ff.
- GEHRELS, HANS: Die Reform der Sicherungsübereignung, ihre Gründe und ihr Ziel (Diss. Tübingen 1932).
- GEIB, O.: Actio fiduciae und Realvertrag, in: ZSSt 8 (1887) 112 ff.
- GEIGER, ALFRED: Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung?, in: DJZ 12 (1907) 590.
- GEILER, KARL: Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliar-Hypothek?, in: LZ 15 (1921) 543 ff.

- GEISLER, WALTER: Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nach geltendem Recht (Diss. Leipzig 1914).
- GERBERT, FRITZ: Die Sicherungsübereignung und das Mobiliarsicherungsrecht (Diss. Rostock 1905).
- GERLACH, JOSEF: Beiträge zur Frage der unbenannten Verträge (Diss. Marburg 1935).
- GERSTER, EMANUEL: Die geschichtliche Entwicklung der Fahrnisverschreibung in der Schweiz (Diss. Bern 1907).
- GERSTLE, LEO: Das reine Treuhandgeschäft im schweiz. Privatrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht H. 78 (Diss. Bern 1917).
- GIERKE, JULIUS VON: Sachenrecht, Bd. IX der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, herausgegeben von Kohlrausch/Peters und anderen (3. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1948).
- GIHA, NEGIB: Le pacte commissaire (Diss. Genève 1947).
- GÖPPERT, H.: Zur Fiducia cum amico contracta, in: ZSt 13 (1892) 317 ff.
- GOTTSCALK, Egon: Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung, in: JuWo 61 (1932) 1716 ff.
- Die Sicherungsübereignung in der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Arch. f. civ. Pra. 138 (1933/34) 17 ff.
- GROFFEBERT, DIETRICH: Unzulässige Sicherungsübereignungen (Diss. Greifswald 1935).
- GRÜNINGER, EMANUEL: Schenkung unter Auflage (Diss. Basel Maschinenschrift 1941).
- GRUND: Sicherungsübereignung von Abzahlungsgegenständen, in: JuWo 62 (1933) 2631.
- GUBLER, FRIEDRICH T.: Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht, in: Zürcher Beitr. zur Rechtswissenschaft NF H. 71 (Diss. Zürich 1940).
- GUENTER, ERICH: Die Sicherungsübereignung im griechischen Rechte (Diss. Königsberg i. Pr. 1914).
- GUGELMANN, ROBERT: Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Bern 1943).
- GUHL, THEO: Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 361 ff.
- Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichtes (Bern 1924) 93 ff.
 - Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948).
- Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 15. Juni 1911 betreffend «Die Sicherungsübereignung von Warenlagern», in: LZ 6 (1912) 97 ff.
- HAAB, ROBERT/SIMONIUS, AUGUST: Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht 1. Abteilung: Eigentum (Zürich 1929 ff.).
- HAAS: Die Buchung der Sicherungsübereignungen, in: LZ 8 (1914) 61 ff.
- HAFFTER, MAX: Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 32 (Diss. Bern 1928).
- HAHN, KARL: Das Problem der Reform der Sicherungsübereignung (Diss. Frankfurt a. M. 1940).
- HALLBAUER, MAX: Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung, in: Das Recht 9 (1905) 632 ff., 661 ff.
- HALLER, ROLF: Vertragliche Verpfändung und Sicherungsübereignung von Mobilien nach tschechoslowakischem Recht, in: DJZ 40 (1935) 1225 ff.

- HANDRACK, HERMANN: Zur Sicherungsübereignung von Abzahlungsgegenständen, in: JuWo 63 (1934) 329.
- HANGARTNER, WALTER: Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1929).
- HECK, PHILIPP: Grundriß des Sachenrechts (Tübingen 1930).
 – Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft (Tübingen 1937).
- HECK: Die fiducia cum amico contracta, in: ZSt 10 (1889) 82 ff.
- HECKELMANN: § 868 BGB und die Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Sicherungsübereignungsvertrag, in: LZ 9 (1915) 1429 ff.
- HEDEMANN, JUSTUS WILHELM: Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert I (Berlin 1910).
 – Sachenrecht des BGB (2. A. Berlin 1950).
- HEIZMANN-HAUSER, FRITZ: Der Buchdiskont, in: ZBJV 67 (1931) 97 ff.
- HELBLING, KARL: Die Lehre der sogenannten Gesetzesumgehung und das schweiz. Zivilgesetzbuch (Diss. Fribourg 1929).
- HELLMUND, FRITZ: Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht (Diss. Göttingen 1929).
- HELLWIG, KONRAD: Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen, in: Arch.f.civ.Pra. 64 (1881) 369 ff.
 – Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 25 ff., 62 ff., 84 ff.
- HERMES, HEINRICH: Der Regreß bei einfacher und mehrfacher Sicherung einer Forderung unter Berücksichtigung der Sicherungsübereignung (Diss. Greifswald 1918).
- HEROLD, HERMANN: Sicherungsübereignung oder Registerpfand?, in: DJZ 32 (1927) 1245 ff.
- HERTING, HANS: Die Kredittäuschung. Der Hauptmangel der Sicherungsübereignung und seine Beseitigung nach geltendem Recht (Diss. Halle 1935).
- HERZ, PAUL: Die Sicherungsübereignungen (Diss. Frankfurt a. M. 1906).
- HERZFELD, MANFRED: Die Sicherungsübereignung an Warenlagern und das Kriterium der Bestimmtheit des Vertragsgegenstandes nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: LZ 26 (1932) 162 ff.
- HEYDEMANN, WALTER: Der Sicherungsübereignungsvertrag und seine Auswirkungen, insbesondere auf das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (Diss. Breslau 1923).
- HEYL, HANS-JOACHIM: Der Schutz des nicht gesicherten Gläubigers bei Sicherungsübereignungen seines Schuldners (Diss. Erlangen 1914).
- HEYMANN: Versuch einer neuen Konstruktion der Sicherungsübereignung und anderer fiduziarischer Geschäfte, in: DJZ 17 (1912) 1509 ff.
- HIRSCH: Die Ersatzstücke bei Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager, in: DJZ 16 (1911) 1383 ff.
- HIRZEL, FRITZ: Das constitutum possessorium (Diss. Zürich 1893).
- HODLER, ERNST: Der Widerruf (Diss. Bern 1909).
- HÖBEL, HEINRICH: Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in ihrer Abstellung auf den Zweck (Diss. Erlangen 1930).
- HÖFLINGER, HERMANN: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Marburg 1934).

- HOENIGER, HEINRICH: Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (Mannheim/Leipzig 1910).
- Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (2. A. Mannheim/Leipzig 1912).
 - Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, in: JuWo 56 (1927) 627 ff.
 - Mala fides superveniens bei der Sicherungsübereignung, in: JuWo 60 (1931) 3060.
- HÖNSCH, ROBERT: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand (Diss. Marburg 1933).
- HOLLAND-CUNZ, KARL: Die Sicherungsübereignung zu «Miteigentum» (Diss. Frankfurt a. M. 1932).
- HOLTZ, WALTER: Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung als Kreditsicherungsmittel (Diss. Kiel 1932).
- HOMBERGER, ARTHUR: Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht 3. Abteilung: Besitz und Grundbuch (2. A. Zürich 1938).
- HOOG, BRUNO: Die eigentlichen Treuhandgeschäfte sogenannter Treuhandunternehmungen (Diss. Basel Maschinenschrift 1944).
- HORNSMANN, ERICH: Die Sicherungsübereignung von unpfändbaren Sachen (Diss. Erlangen 1936).
- HOWALD, MARTIN: Der dingliche Vertrag (Diss. Zürich 1946).
- HUBER, EUGEN: Die Eigentümerdienstbarkeit, Festschrift für Hermann Fitting (Bern 1902).
- Zum schweizerischen Sachenrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 58 (Bern 1914).
 - Recht und Rechtsverwirklichung (Basel 1921).
- JAEGER, CARL: Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (Kommentar) I/II (3. A. Zürich 1911).
- JAEGER, CARL/DAENIKER, MARTA: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911–1945 I/II (Zürich 1947).
- JAEGER, ERNST: Kommentar zur Konkursordnung I (6./7. A. Berlin/Leipzig 1931).
- JÄGGI, PETER: Kommentar zum ZGB, 5. Band: Obligationenrecht 7. Teil: Wertpapiere (Zürich 1949 ff.).
- Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, in: SAG 23 (1950/51) 153 ff., 173 ff. u. 193 ff.
- JANBERG, HANS: Neuerliche Urkundensteuerfragen zur Sicherungsübereignung, in: BA 1939, 178 ff.
- Steuerliche Haftungsfolgen der Sicherungsübereignung?, in: BA 36 (1936/37) 552 ff.
- JANNER, ANTONINO: Wandlungen der Bereicherungslehre im schweizerischen Recht, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 16 (Basel 1943).
- JENNY, FRANZ: Wandlungen des Eigentumsbegriffes, in: ZSR 51 (1932) 23 ff.
- JENNY, MAX: Der Eigentumsübergang bei den Handelsgesellschaften des schweizerischen Rechts, in: Abh. zum schweiz. Recht H. 100 (Bern 1924).
- JHERING, RUDOLPH: Geist des römischen Rechts I/II/III (Leipzig 1852/1854/1865).
- JHERING, RUDOLF VON: Der Zweck im Recht I (2. A. Leipzig 1884).
- Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (11. A. Leipzig 1912).
- JÖRS, PAUL/KUNKEL, WOLFGANG/WENGER, LEOPOLD: Römisches Recht (3. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949).

- JOSEF, EUGEN: Freie Rechtsfindung; rechtliche Form und wirtschaftlicher Inhalt des Geschäftes; agere in fraudem legis, in: LZ 20 (1926) 567 ff.
- ISELIN, ISAAC: Abstrakte Tradition in besonderen Fällen (Diss. Basel Maschinenschrift 1933).
- JULIUS: Zur Frage der Sicherungsübereignung im Steuerrecht, in: DJZ 32 (1927) 1408 ff.
- JUNG, HANS: Schuldner und Gläubiger bei der Sicherungsübereignung von Mobilien (Diss. Leipzig 1909).
- KADEN, ERICH-HANS: Zum Problem der Fahrnisübereignung im schweizerischen Recht, in: Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann (Jena 1938) 245 ff.
- KADERLI, RUDOLF J.: Die Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1938).
- KAHN, OTTO: Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung, in: DJZ 8 (1903) 125 ff.
- KANTER, MARTIN: Die Sicherungsübereignung ohne Besitzverlust nach geltendem Recht (Diss. Heidelberg 1911).
- KARLOWA, OTTO: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Berlin 1877).
- KASER, MAX: Die Anfänge der manumissio und das fiduziarisch gebundene Eigentum, in: ZSt 61 (1941) 153 ff.
- KATZENSTEIN: Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, in: Gruchot 49 (1905) 323 ff.
- KELDERS, WOLFGANG: Beiträge zur Lehre von der Sicherungsübertragung (Diss. Göttingen 1940).
- KELLER, ERNST: Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse (Diss. Zürich 1943).
- KELLER, ROLF: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 218 (Diss. Bern 1944).
- KELLERHALS, ADOLF: Simulation im Grundstückkauf (Diss. Bern 1952)
- KERNERT, KARL: Stellung des Sicherungseigners gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 54 (Leipzig 1930).
- Das Recht des Sicherungseigners gegenüber Vollstreckungen der Gläubiger des Übereigners in das Sicherungsgut, in: LZ 25 (1931) 887 ff.
- KICKHÖFEN, HANS: Die Sicherungsübereignung (Diss. Greifswald 1913).
- KIEWNING, HANS-GEORG: Wege zu einer Reform des Mobiliarkredits (Diss. Frankfurt a. M. 1929).
- KLANG, HEINRICH: Wen sichert die Sicherungsübereignung?, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 352 f.
- Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch 1. Band 2. Halbband (Wien 1931).
- KLAUSING, FRIEDRICH: Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschließlich Sicherungsübereignung, in: Rechtsvergleichendes HWB für das Zivil- und Handelsrecht, herausgegeben von Franz Schlegelberger III (1929) 368 ff.
- KLEINRATH, O.: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, in: LZ 6 (1912) 104 ff.
- KLINGMÜLLER, FRITZ: Der Begriff des Rechtsgrundes (Breslau 1901).
- KOCH, ARVED: Der Warenkredit der Banken (Jena 1922).
- Kreditsicherungs-Reform, in: BA 35 (1935/36) 122 ff.

- KOCH, CASPAR: Die fiduziarische Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen (Diss. Rostock 1916).
- KOCHANN, WOLFGANG: Der Fiduziar im Konkurs (Diss. Breslau 1931).
- KOCKEL, CARLO: Die Betreuung auf Sicherheitsleistung nach dem schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich 1931).
- KOOLWYK, PAUL VAN: Hingabe an Erfüllungsstatt (Diss. Leipzig 1902).
- KRELLER, HANS: Besprechung der Monographie von Walter Erbe. Die Fiduzia im römischen Recht, in: ZSt 61 (1941) 462 ff.
- Formula fiduciae und Pfandedikt, in: ZSt 62 (1942) 143 ff.
- KRIEGSMANN, HERMANN: Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung nach dem Recht des BGB (Berlin 1905).
- KROTOSCHNER, HERMANN ALFRED: Der Schutz des Kreditverkehrs vor den Gefahren aus zu umfangreichen Sicherungsübereignungen (Diss. Freiburg i.Br. 1933).
- KÜBLER, BERNHARD: Geschichte des Römischen Rechts (Leipzig/Erlangen 1925).
- KÜNZLER, FRITZ: Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB (Diss. Zürich 1951).
- KÜPPERS, HEINRICH: Der Schutz des pfändenden Vermieters bei Sicherungsübereignungen eingebrachter Sachen unter Verwendung von Theorie und Praxis (Diss. Köln 1936).
- KUMMER, MAX RUDOLF: Beiträge zur Lehre von der causa, insbesondere bei der Abtretung und beim Erlaß von Forderungen, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 194 (Diss. Bern 1942).
- KUNISCH, KARL: Die rechtliche Stellung des Fiducianten im Konkurs des Fiduciars (Diss. Halle 1931).
- KUNKEL, WOLFGANG: Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in: Festschrift Paul Koschaker II (Weimar 1939) 1 ff.
- LANGE, HEINRICH: Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, in: NJW 3 (1950) 565 ff.
- LANGE, OTTO: Gekoppelte Sicherungsübereignungen, in: NJW 4 (1951) 751 ff.
- LANGE/LEHMANN, HEINRICH: Die Verfallklausel bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung, in: DR 9 (1939) 851 ff.
- LANGHANS, WILLY: Zur Lehre von der Sicherungsübereignung (Diss. Bonn 1913).
- LATZEL, ERICH: Die Sicherungsübereignung und kritische Betrachtung der Reformvorschläge (Diss. Frankfurt a.M. 1934).
- LAURITZEN, LAURITZ: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Entwicklung durch die Rechtsprechung (Diss. Kiel 1936).
- LEEMANN, HANS: Die Folgen der Simulation bei formalen Rechtsgeschäften, in: SJZ 13 (1916/17) 273 ff.
- Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises?, in: SJZ 20 (1923/24) 269 ff.
 - Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht 1. Abteilung (2. A. Bern 1920) 2. Abteilung (Bern 1925).
- LEHMANN, HEINRICH: Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen (Stuttgart 1937).
- LEHMANN, KARL HEINZ: Die Sicherungsübereignung als Haftungstatbestand im Verhältnis des Sicherungsnehmers zu geschädigten Dritten (Diss. Köln 1935).
- LENEL, O.: Zur actio fiduciae, in: ZSt 3 (1882) 104 ff. und 177 ff.

- LENT: Zur Auslegung des § 127 KO, in: JuWo 63 (1934) 2742 ff.
- LEVIN: Zur Auslegung des § 94 ZPO. Ein Beitrag zur prozessualen Behandlung der Sicherungsübereignung, in: JuWo 41 (1912) 118 ff.
- LIEBIG, JUSTUS VON/BECHERT, RUDOLF: Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft, in: Krit.Vjs. 27 (1935) 151 ff.
- LIEBISCH, ARNOLD: Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden im bürgerlichen Recht und im Reichssteuerrecht, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 27 (Leipzig 1927).
- LIEFELDT, JOACHIM: Die Sicherungsübereignung unpfändbarer Gegenstände, in: JuWo 64 (1935) 1208 ff.
- LILIENTHAL: Die Übereignung zum Zwecke der Sicherung, in: DJZ 7 (1902) 542 ff.
- LINCKELMANN, KARL: Die Sicherungsübereignungen, in: Arch.f.bü.R. 7 (1893) 209 ff.
- LÖER, FRANZ: Der Herausgabeanspruch des Sicherungseigentümers im Konkurs des Sicherungsgebers (Diss. Erlangen 1936).
- LOHMANN, HEINZ: Die Gültigkeit der Sicherungsübereignung nach § 930 BGB und ihre volkswirtschaftliche Bedeutung (Diss. Jena 1939).
- LORENTZ, HANS ACHIM: Der Verzicht auf die Sicherheit. Ein Beitrag zur Pfandrechtsnatur der Sicherungsübereignung (Diss. Rostock 1929).
- LOTMAR, PHILIPP: Über Causa im römischen Recht (München 1875).
- LUETGEBRUNE, WALTER: Die Sicherungs-Übereignung (Diss. Freiburg i.Br. 1906).
 – Die Ersatzstücke bei der Sicherungsübereignung von Inventar und Warenlager, in: JuWo 39 (1910) 140 ff.
- LÜTZOW, HELLMUT: Das Treupfand und seine Verklarung (Diss. Erlangen 1937).
- MAASS, GUSTAV: Vom Sicherungseigentum im Vergleichsverfahren des Sicherungsgebers, in: JuWo 65 (1936) 1095 ff.
- MACZKOWSKY, WERNER: Das individualisierte Besitzkonstitut und seine begriffliche Abgrenzung von dem abstrakten Konstitut unter besonderer Würdigung derselben bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestande (Diss. Leipzig 1929).
- MADAY, DENIS: Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 189 (Diss. Bern 1941).
 – Simulation, in: Schweiz. Juristische Kartothek, Karte 606.
 – Fiduziarische Rechtsverhältnisse, in: Schweiz. Juristische Kartothek, Karte 732 ff.
- MADÖRY, PAUL: Die Verwaltungstreuhand und ihr Anspruch auf Anerkennung als Verwaltungsrecht in Abgrenzung zu den auf Vollrecht begründeten fiduziarischen Rechtsgeschäften (Diss. Basel Maschinenschrift 1946).
- MAHLOW, JOCHEN: Das Zusammentreffen der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts als Kreditsicherungsmittel (Diss. Halle 1935).
- MAITLAND, FREDERIC WILLIAM: Trust and Corporation, in: Collected Papers III (Cambridge 1911) 321 ff.
 – The Unincorporate Body, in: Collected Papers III (Cambridge 1911) 271 ff.
- MANSEE, HANS: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Rostock 1914).
- MAPPES, WILLY: Die Verpfändung eines Warenlagers im Vergleich mit der Sicherungsübereignung (Diss. Marburg 1914).
- MARCK: Zur Konstruktion der Sicherungsübereignung, in: DJZ 18 (1913) 343 ff.

- MARCK, RUDOLF: Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, in: RhZ 9 (1917/18) 32 ff.
- MARTIN, ALFRED: Pactum reservati dominii et Hypothèque Mobilière (Genève 1903).
– Le code des obligations I (Genf 1919).
- MARTIN, EMIL: Grenzen der Sicherungsübereignung (Diss. Halle 1933).
- MATTER, ALBERT: Causale Tradition und conditio (Diss. Basel Maschinenschrift 1929).
- MAYR, ROBERT VON: Römische Rechtsgeschichte I-IV (Leipzig [Götschen] 1912/13).
- MEERSCHIEDT-HÜLLESEM, VON: Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, in: DJZ 15 (1910) 854 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR: Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß (Diss. Zürich 1948).
– Der Richter als Gesetzgeber (Habilitationsschrift Zürich 1951).
- MEINNERT, HERMANN: Sittenwidrige Sicherungsübereignungsverträge und die rechtlichen Folgen der Sittenwidrigkeit (Diss. Göttingen 1935).
- MELSBACH, ERICH: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, in: JuWo 42 (1913) 404 ff.
- MENARD, HERMANN: Mehrfache Sicherungsübereignung, insbesondere Sicherungsübereignung mit Rangvorbehalt (Diss. Freiburg i. Brsg. 1934).
- MEYER, BRUNO: Das fiduziarische Sicherungsgeschäft (Diss. Greifswald 1907).
- MEYERSTEIN, EDUARD: Zur Frage der Sicherungsübereignung und der Einführung eines Registerpfandrechts, in: JuWo 55 (1926) 529 ff.
- MIEHE, HERMANN: Die Sicherungsübereignung in Konkurs und Zwangsvollstreckung (Diss. Göttingen 1932).
- Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches III (Berlin/Leipzig 1888).
- MÖLLER, HANS KAI: Zur Frage der Sicherungsübereignung, in: JuWo 41 (1912) 720 ff.
- MÜLLER, ERNST: Verpfändete und zur Sicherung übereignete Gegenstände in der landwirtschaftlichen Schuldenregelung, in: JuWo 64 (1935) 3512 ff.
- MÜLLER, WILHELM: Die gemischte Schenkung, in: JJB 48 (1904) 209 ff.
- MÜNDEL, ZUR Reform der Sicherungsübereignung, in: JuWo 64 (1935) 1961 ff. und 2607 ff.
- MÜNDEL, KARL: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, in: MDR 5 (1951) 129 ff.
- NAEGELI, WALTER: Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss. Zürich 1951).
- NAGEL, HELLMUTH: Das Sicherungseigentum im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung (Diss. Breslau 1939).
- NATHAN, AUGUST: Die Übertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen (Diss. Tübingen 1909).
- NEF, HANS: Gleichheit und Gerechtigkeit (Habilitationsschrift Zürich 1941).
- NETER: Zur Frage der Sicherungsübereignung, in: DJZ 33 (1928) 448 ff.
- NEUSCHÄFFER, HERMANN: Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehalts, in: ZADR 3 (1936) 633 ff.
- NIEMEYER, TH.: Fiducia cum amico und depositum, in: ZSt 12 (1892) 297 ff.
- NÜCKEL, WALTER: Die Zukunft der Sicherungsübereignung im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts zu den §§ 138, 826 BGB (Diss. Erlangen 1935).

OERTMANN, PAUL: Die Fiducia im römischen Privatrecht (Berlin 1890).

- Zur Frage der Sicherungsübereignung, in: DJZ 16 (1911) 1178 ff.
- Entgeltliche Geschäfte, in: Abh. zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 23 H. 3 (München 1912).
- Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, in: JJB 66 (1916) 130 ff.
- Der gewöhnliche Handelskauf, in: Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Band 2. Abteilung (Leipzig 1918) 327 ff.
- Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil (3. A. Berlin 1927).
- Publizität, in: DGWR 1 (1935/36) 113 ff.

OFTINGER, KARL: Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 82 (Diss. Bern 1933).

- Der Trödelvertrag (Habilitationsschrift Zürich 1937).
- Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in: ZSR 57 (1938) 481 a ff.
- Über die Frage der Wünschbarkeit einer besonderen Regelung des Pfandrechts an Luftfahrzeugen, in: Archiv für Luftrecht 8 (1938) 113 ff.
- Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58 (1939) 178 ff.
- Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 37 (1940/41) 225 ff. und 241 ff.
- Die Vertragsfreiheit, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (Zürich 1948) 315 ff.
- Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 23. Titel: Das Fahrnispfand, Art. 884-918, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis (2. A. Zürich 1952).

OSER, HUGO/SCHÖNENBERGER, WILHELM: Kommentar zum ZGB, 5. Band Obligationenrecht, 1. Teil: Allgemeine Bestimmungen (2. A. Zürich 1929), 2. Teil: Einzelne Vertragsverhältnisse (2. A. Zürich 1936).

OSTERTAG, FRITZ: Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht 3. Abteilung (2. A. Bern 1917).

OTT, BRUNO: Die Sicherungsübereignung, ihre wirtschaftliche Bedeutung und ihre buch- und bilanztechnische Behandlung (Diss. Frankfurt a.M. 1935).

OTTE, GERHARD: Zusammentreffen von Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt, in: DJZ 38 (1933) 173 ff.

PÄTZOLD, ERWIN: Muß Sicherungsübereignungen nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung die Anerkennung versagt werden?, in: DJ 97 (1935) 413 ff.

PAPPENHEIM, MAX: Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in: Festschrift für Georg Cohn (Zürich 1915) 291 ff.

PEISER, GEORG: Das Registerpfand an beweglichen Sachen (Mobiliarhypothek), in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 357 ff.

PELIZAEUS, WILHELM: Enthält die Sicherungsübereignung ein Schein- oder Gesetzesumgehungsgeschäft? (Diss. Göttingen 1924).

PETER, HANS: Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert (Diss. Zürich 1949).

- PFEFFER, HANS: Das Miteigentum als Kreditsicherungsmittel (Diss. Göttingen 1931).
- PFISTER, H.: Die Fahrnisverschreibung im Entwurfe eines schweiz. ZGB, in: ZBJV 39 (1903) 249 ff. und 321 ff.
- PLANCK, GOTTLIEB/BRODMANN, ERICH: Kommentar zum BGB, 3. Band: Sachenrecht (5. A. Berlin/Leipzig 1933).
- PRELLE, CURT: Die Sicherungsübereignung (Diss. Leipzig 1910).
- PROSKAUER, MAX: Die Sicherungsübereignung im geltenden Recht (Diss. Breslau 1928).
- PRZIBILLA: Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung, in: JuWo 40 (1911) 300 ff.
- QUANDER, WILHELM: Leistung an Erfüllungsstatt (Diss. Rostock 1903).
- RAAPE, LEO: Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung (Berlin 1913).
- RABEL, ERNST: Nachgeformte Rechtsgeschäfte, in: ZSt 27 (1906) 290 ff. und 28 (1907) 311 ff.
- Einige bemerkenswerte Neuheiten im schweizerischen Zivilgesetzbuche (Wien 1911).
- RAUTMANN, H. G.: Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung, in: NJW 4 (1951) 298 ff.
- REGELSBERGER, FERDINAND: Pandekten I (Leipzig 1893).
- Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?, in: Jb 48 (1904) 453 ff.
- REICHWEIN, HEINZ: Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, in: SJZ 46 (1950) 321 ff.
- REINICKE: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, in: MDR 5 (1951) 333 ff.
- REYMOND, CLAUDE: Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire (Diss. Lausanne 1948).
- RITTER, WILHELM: Die Sicherungsübereignung (Diss. Marburg 1925).
- ROHLING, WALTER: Die Sicherungsübereignung als Problem der deutschen Rechts-erneuerung, in: DGWR NF 1 (1935/36) 54 ff. und 73 ff.
- ROHNER, MAX: Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen (Diss. Bern 1937).
- ROQUETTE: Vertrauenskrisen der Sicherungsübereignung, in: JuWo 65 (1936) 2840 ff.
- ROSE, HEINRICH: Die Bedeutung des Spezialitätsprinzips für die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen (Diss. Hamburg 1932).
- ROSSEL, VIRGILE: Manuel du droit fédéral des obligations I (4. A. Lausanne/Genf 1920).
- ROSSEL, VIRGILE/MENTHA, FRITZ HENRI: Manuel du droit civil suisse I/II/III (2. A. Lausanne/Genf 1922).
- ROTH, HERMANN M.: Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 48 (Marburg 1928).
- ROUAST, ANDRÉ: L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, in: Revue trimestrielle de droit civil 21 (1922) 35 ff.
- RUDORFF, ADOLF AUGUST FRIEDRICH: Über die baetische Fiduciartafel, in: ZfRG 11 (1873) 52 ff.
- RUMPF: Kredittäuschungsverträge, in: LZ 26 (1932) 1265 ff.
- SÄTTLER: Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten, in: JuWo 56 (1927) 2453 ff.

- SALINGER: Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?, in: Verhandlungen des einunddreißigsten Deutschen Juristentages I (Berlin 1912) 409 ff.
- Zur Einführung des Registerpfandrechts, in: DJZ 31 (1926) 633 ff.
- SECKEL, HANS: Die Sicherungsübereignung und ihre Reform (Diss. Göttingen 1929).
- SEIDEL, JOHANNES: Zur Lehre von der Sicherungsübereignung (Diss. Leipzig 1916).
- SEIDLER, PAUL: Die Sicherungsübereignung (Diss. Jena 1904).
- SENF: Nochmals: Zur Reform der Sicherungsübereignung, in: JuWo 64 (1935) 2607.
- SIBER, HEINRICH: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in: Jb 70 (1920) 223 ff.
- SIEBERT, WOLFGANG: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 68 (Marburg 1933).
- SIEGWART, ALFRED: Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten (Rektoratsrede Freiburg 1936).
- SIMONIUS, AUGUST: Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in: Basler Festgabe für Paul Speiser (Basel 1926) 83 ff.
- Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe der Basler Juristenfakultät zum schweizerischen Juristentag 1942, Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 15 (Basel 1942) 235 ff.
 - Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, in: Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant (Paris 1938) 753 ff.
 - Du principe de la confiance et des dérogations qu'il subit dans le droit suisse, in: Semjud 71 (1949) 505 ff.
 - Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweizerischem Recht (Zürich 1950) 41 ff.
- SOERGEL, HS. TH. und andere: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) 3. Band: Sachenrecht, Familien- u. Erbrecht (6. A. Stuttgart/Leipzig/Berlin 1937).
- SOHM, RUDOLPH/MITTELS, LUDWIG/WENGER, LEOPOLD: Institutionen des römischen Privatrechts (17. A. München/Leipzig 1926).
- SPARK, KARL H.: Die Anwartschaft bei der Sicherungsübereignung (Diss. Göttingen 1936).
- SPEER, MARTIN: Kredittäuschung durch Sicherungsübereignung (Diss. Tübingen 1936).
- SPONHOLZ, BODO: Die Anwartschaft aus Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung als Kreditsicherungsmittel (Diss. Leipzig 1935).
- SCHACK: im Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB 3. Band: Sachenrecht (Berlin 1939).
- SCHÄFER, L.: Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, in: Arch.f.bü.R. 38 (1912) 1 ff.
- SCHAFFNER, JAKOB: Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung (Diss. Bern 1940).
- SCHARPWINKEL, WILHELM: Die fiduciarische Sicherungsübereignung von Mobilien (Diss. Erlangen 1931).
- SCHAUER: Wie beseitigt man die Gefahren der Sicherungsübereignung?, in: DJZ 12 (1907) 589 ff.
- SCHEFE, HEINZ: Die Konkretisierung des Eigentümers bei der Sicherungsübereignung von Warenlagern unter besonderer Berücksichtigung der Reichsgerichtsentcheidung Bd. 113 S. 57 (Diss. Göttingen 1929).

- SCHEFF, KURT: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung (Diss. Göttingen 1931).
- SCHENK, PETER: Das Pfandrecht an Immaterialgütern (Diss. Zürich 1951).
- SCHERER: Die Umgehung der Faustpfandbestellung nach § 1205 BGB mittels Sicherheitsbestellung nach § 930 BGB, in: RhZ 2 (1910) 349 ff.
- SCHERRER, WERNER: Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 20 (Basel 1948).
- SCHLESS, ROBERT: Mittelbare Stellvertretung und Treuhand, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 66 (Leipzig 1931).
- SCHLÖSSINGK, KLAUS OTTO PAUL: Sicherungsübereignung und Übereignung unter Eigentumsvorbehalt im Falle der Versicherung der übereigneten Sachen. Ein Beitrag zum Versicherungsrecht (Diss. Erlangen 1933).
- SCHMALL, FELIX: Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nach bürgerlichem Recht, unter spezieller Berücksichtigung der Sicherungsübereignung eines Warenlagers (Diss. Greifswald 1912).
- SCHMALZ, HELMUT: Sicherungsübereignung und Drittgläubigerschutz (Diss. Frankfurt a. M. 1937).
- SCHMELZEISEN, G. K.: Zur Formgestaltung des Treupfandes, in: DJZ 41 (1936) 919 ff.
– Zur gesetzlichen Gestaltung des Treupfandes, in: JJB 88 (1939/40) 199 ff.
- SCHMID, HANSJAKOB: Das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht (Diss. Zürich 1945).
- SCHMIDT, ALEXANDER: Die Sicherungsübereignung auf dem ungarischen Juristentag 1911, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 363 ff.
- SCHMIDT, OTTO: Die Auswirkung der Sicherungsübereignung im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung (Diss. Gießen 1930).
- SCHMITT, GOTTFRIED: Die Sicherungsübereignung, in: DJZ 17 (1912) 1041 ff.
- SCHMITT, OTTO: Das Treuhandeigentum (Diss. Heidelberg 1940).
- SCHMUL, HERMANN: Gibt es einen Sicherungskauf? (Diss. Greifswald 1909).
- SCHNEIDER, ERICH: Ist die Sicherungsübereignung nach bürgerlichem Rechte zulässig? (Diss. Leipzig 1913).
- SCHÖNDORFF: Soll die Sicherungsübereignung beseitigt werden?, in: DJZ 16 (1911) 701 ff.
- SCHOENFELD, BRUNO: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Göttingen 1912).
- SCHÖNINGER, ADOLF: Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts (Tübingen 1906).
- SCHREIBER, OTTO: Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in: JJB 60 (1912) 106 ff.
- SCHUCANY, EMIL: Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktien, in: SJZ 41 (1945) 177 ff.
- SCHÜTZ, WILHELM: Sicherungsübereignung und Übertragung der Anwartschaft, in: BW 1943, 211 ff.
– Sicherungsübereignung und Steuerhaftung, in: BW 1943, 5 ff.
- SCHUMACHER, HANS: Die Sicherungs-Übereignung unter besonderer Berücksichtigung der Stellung des Treuehmers im Konkurs des Treugebers und bei der Zwangsvollstreckung gegen denselben (Diss. Erlangen 1932).
- SCHWARTZ, EDUARD: Sicherungsübereignung und Knebelungsvertrag (Diss. Breslau 1925).

- SCHWEICKHARDT, ARMIN: Das abstrakte Schuldbekenntnis in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Basel Maschinenschrift 1934).
- Das abstrakte Schuldbekenntnis nach Artikel 17 OR, in: ZBJV 72 (1936) 97 ff.
- SCHWEINGRUBER, EDWIN: Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei (Diss. Bern 1930).
- SCHWICKERATH: Die Sicherungsübereignung von noch nicht bezahlten Waren, in: BA 26 (1926/27) 95 ff.
- SCHWISTER: Zur Reform der Kreditsicherung an Fahnis und Forderung, in: ZADR 5 (1938) 370 ff.
- Zur Reform der Sicherungsübereignung und des Eigentumsvorbehaltes, in: JuWo 67 (1938) 1689 ff.
- STAEHELIN, BERNHARD: Die Novation, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 23 (Basel 1948).
- STAEHELIN, FELIX ALFRED: Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 11 (Basel 1937).
- STAMMLER, RUDOLF: Lehrbuch der Rechtsphilosophie (Berlin/Leipzig 1922).
- STAUB, HERMANN/KOENIGE, HEINRICH: Kommentar zum HGB, 3. Band (Berlin/Leipzig 1926).
- STAUDINGER, JULIUS VON/KOBER, KARL: Kommentar zum BGB, 3. Band: Sachenrecht 1. Teil (10 A. München/Leipzig/Berlin 1934).
- STAUFFACHER, WERNER: Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars (Diss. Leipzig 1909).
- STEINER, HANS: Datio in solutum (Habilitationsschrift München 1914).
- STAPP, H.: Gläubigernot, in: JuWo 42 (1913) 65 ff.
- STERN, WALTER: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Marburg 1913).
- STIFEL, FRIEDA IRMA: Die privatrechtliche Auflage (Diss. Zürich 1933).
- STOHLER, MARTIN: Neuere Wandlungen des Eigentums und der Eigentumskonzeption (Diss. Basel Maschinenschrift 1938).
- STRAUB, HANS: Über das Treuhandrecht, unter besonderer Berücksichtigung des liechtensteinischen Gesetzes betr. Treuhandunternehmen (Diss. Bern 1940).
- STROHAL, EMIL: Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: JJB 27 (1889) 335 ff.
- Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, in: LZ 3 (1909) 610 ff.
 - Über relative Unwirksamkeit, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (Wien 1911) 747 ff.
- STUCZYNSKI, ALEXANDER: Sicherungsübereignung und Gläubigerschutz (Diss. Bonn 1937).
- SÜSS, THEODOR: Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff (Tübingen 1952) 141 ff.
- TEPPICH, HANS: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (Diss. Greifswald 1913).
- THIVEOS, SPYROS: Sicherungsübereignung und Registerpfandrecht (Diss. Leipzig 1933).
- TÖNDURY, J. Friedrich Paravicin: Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Neuenburg 1912).
- TONGSIR, FERIH BEDII: Les actes juridiques abstraits en droit privé suisse (Diss. Genf 1951).

- TRACHSEL, RENÉ: Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 272 (Diss. Bern 1949).
- THUR, ANDREAS VON: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts I/II/III (Leipzig 1910/München und Leipzig 1914/1918).
- Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, in: ZSR 40 (1921) 40 ff.
- TUHR, ANDREAS VON/SIEGWART, ALFRED: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I/II (2. A. Zürich 1942/44).
- TUOR, PETER: Kommentar zum ZGB, 3. Band: Erbrecht (Bern 1929).
- Das schweizerische Zivilgesetzbuch (5. A. Zürich 1948).
- VOIGT, WALTHER: Ist zur Sicherungsübereignung mittels *constitutum possessorium* Abschluß eines Kaufgeschäftes erforderlich?, in: DJZ 12 (1907) 710 ff.
- Verhandlungen des einunddreißigsten Deutschen Juristentages (Wien 1912) III (Berlin 1913) 188 ff.: «Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen inbezug auf die Sicherungsübereignung?»
- VETSCH, JAKOB: Die Umgehung des Gesetzes (Diss. Zürich 1917).
- WALTHER, RICHARD: Die Sicherungsübereignung, insbesondere von Warenlagern, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung (Diss. Leipzig 1917).
- WARNEYER, OTTO: Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts (Berlin/Leipzig 1936).
- Das Bürgerliche Gesetzbuch (Kommentar) (7. A. Berlin 1938).
- WEIDEMANN: Zur Behandlung fiduziarischer Sicherungs-Geschäfte, in: DJZ 11 (1906) 1000 ff.
- WEIL, ELLY: Konversion von Rechtsgeschäften (Diss. Zürich 1934).
- WEISS, EGON: Institutionen des römischen Privatrechts (2. A. Basel 1949).
- WEISS, ROBERT: Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Bern 1947).
- WEISWEILER, GUSTAV: Die Reform der Sicherungsübereignung unter besonderer Berücksichtigung der Einführung eines Registerpfandrechts (Diss. Köln 1927).
- WENGEN, MAX CURT: ZGB Art. 717: Einschränkungen des *constitutum possessorium*, in: SJZ 39 (1942) 89 ff.
- WEVERS, ALFRED: Beitrag zur Lehre vom Sicherungskauf (Diss. Erlangen 1901).
- WIELAND, ALFRED: Das Eigentum an vinkulierten Namenaktien und die Rechtsmittel des Aktionärs vor seinem Eintrag im Aktienbuch, in: SJZ 42 (1946) 65 ff.
- Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie, in: SJZ 48 (1952) 1 ff. und 17 ff.
- WIELAND, CARL: Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen (Basel 1901).
- Kommentar zum ZGB, 4. Band: Sachenrecht (Zürich 1909).
- WIGET, FELIX: Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung (Diss. Zürich 1939).
- WILMERSDOERFFER, ERNST: Gläubignot und Schuldnernot, in: LZ 20 (1926) 791 ff.
- WINCKLER, ERNST: Sicherungsübereignung und Kredittäuschung, in: DJZ 37 (1932) 1281 ff.
- WINDSCHEID, BERNHARD: Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (Düsseldorf 1850).
- Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. A. bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906).
- WITTMANN, JOHNNY G.: Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht (Diss. Zürich 1943).

- WOLF: Wie beseitigt man die Befahren der Sicherungsübereignung?, in: DJZ 9 (1906) 1315.
- WOLFF, MARTIN: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Das Sachenrecht (9. A. Marburg 1932).
- WOLFF, MAX: Widerspruchsklage und Aussonderung, in: JuWo 59 (1930) 1470 ff.
- WOLFF, MAX G. H.: Wesen und Voraussetzungen der Zession (Diss. Zürich 1917).
- WURMANN, CARL J.: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung (Diss. Köln 1936).
- WYLER, MARCUS: Für ein schweizerisches Treuhandrecht, in: SJZ 32 (1935/36) 129 ff.
 – Über das Treuhandrecht, in: ZSR 56 (1937) 293 ff.
- YUNG, WALTER: La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse (Diss. Genf 1930).
 – Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Mélanges Georges Sauser-Hall (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff.
- ZECKWER, RICHARD: Gibt das Eigentum aus Sicherungsübereignung in der Zwangsvollstreckung ein Widerspruchsrecht (§ 771 ZPO bzw. 328 RAO) oder nur ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO bzw. § 346 RAO)?, in: DGWR 1 (1935/36) 89 ff.
- ZEILER: Der Verfügungsmißbrauch als Form der Sicherungsübereignung, in: DJZ 27 (1922) 558 ff.
- ZIMMERMANN, CARL: Zur Sicherungsübereignung, in: BA 30 (1930/31) 164 ff.
- ZÜRCHER, EMIL: Die Grenzen der Vertragsfreiheit (Diss. Zürich 1902).
- ZWINGMANN, KAROLA: Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Sicherungsübereignung (Diss. München 1931).
- ZYCHA, ADOLF: Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schweizerischen Civilgesetz-Entwurfe, in: ZSR 22 (1903) 74 ff.

Abkürzungen und Zitierweise

I. Allgemeine Abkürzungen, Gesetze und Periodika

A.	= Auflage
a.a.O.	= am angeführten Ort
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich vom 1. Juni 1811
Abh.	= Abhandlung(en)
Abs.	= Absatz (Alinea)
aOR	= Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Arch.f.	
bü.R.	= Archiv für Bürgerliches Recht (Berlin)
Arch.f.	
civ.Pra.	= Archiv für die civilistische Praxis (Tübingen)
Art.	= Artikel
BA	= Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (Berlin)
Bd.	= Band
Beitr.	= Beitrag, Beiträge
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	= Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts. Amtliche Sammlung.
BIZR	= Blätter für Zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
BW	= Bankwirtschaft. Neue Folge des BA
bzw.	= beziehungsweise
CC	= Code civil français
ders.	= derselbe Autor
DGWR	= Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht (Berlin)
Diss.	= Dissertation, thèse
DJ	= Deutsche Justiz (Berlin)
DJZ	= Deutsche Juristen-Zeitung (Berlin)
DR	= Deutsches Recht (Berlin/Leipzig/Wien)
ff.	= und folgende
Gruchot	= Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Berlin)
H.	= Heft
HE	= Schweizer Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich)
HGB	= Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 10. Mai 1897
HWB	= Handwörterbuch
JJb	= Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jena)
JT	= Journal des Tribunaux (Lausanne)
JuWo	= Juristische Wochenschrift (Leipzig und Berlin)
Komm.	= Kommentar
Krit.Vjs.	= Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (München/Berlin/Leipzig)
lit.	= litera
LZ	= Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht (München) seit 1915: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (München/Berlin/Leipzig)
N	= Note, Fußnote, Bemerkung, Anmerkung

MDR	=	Monatsschrift für Deutsches Recht (Hamburg)
NF	=	Neue Folge
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift (München/Berlin)
Nr.	=	Nummer
OR	=	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
Pra	=	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
RGE	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)
RhZ	=	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht (Mannheim/Leipzig)
S.	=	Seite
SAG	=	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich)
SchKG	=	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 29. April 1889
schweiz.	=	schweizerisch
Semjud.	=	La Semaine Judiciaire (Genf)
SJZ	=	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	=	sogenannt
u.a.m.	=	und andere(s) mehr
usw.	=	und so weiter
VAargR	=	Vierteljahresschrift für Aargauische Rechtsprechung (Aarau)
vgl.	=	vergleiche
ZADR	=	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (München)
z.B.	=	zum Beispiel
ZBJV	=	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZfRG	=	Zeitschrift für Rechtsgeschichte (Weimar)
ZGB	=	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	=	Ziffer
zit.	=	zitiert
ZSR	=	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel) (Die Bandnummerierung bezieht sich stets auf die Neue Folge)
ZSSt	=	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung (Weimar)

II. Nur mit dem Verfasseramen zitierte Schriften

- AMMANN, FRITZ: Treuhand und Grundbuch (Diss. Zürich 1946)
- BERGMAIER, HANS: Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF H. 110 (Diss. Zürich 1945)
- ERZER, HANS: Das fiduciarische Rechtsgeschäft im schweiz. Recht (Diss. Basel Maschinenschrift 1938)
- GERSTLE, LEO: Das reine Treuhandgeschäft im schweiz. Privatrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht H. 78 (Diss. Bern 1917)
- GUBLER, FRIEDRICH T.: Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweiz. Recht, in: Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft NF H. 71 (Diss. Zürich 1940)
- HAFFTER, MAX: Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 32 (Diss. Bern 1928)
- HOWALD, MARTIN: Der dingliche Vertrag (Diss. Zürich 1946)

- KELLER, ROLF: Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweiz. Zivilrecht, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 218 (Diss. Bern 1944)
- OFTINGER, KARL: Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis, in: Abh. zum schweiz. Recht NF H. 82 (Diss. Bern 1933)
- REICHWEIN, HEINZ: Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweiz. Recht, in: SJZ 46 (1950) 321 ff.
- REYMOND, Claude: Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire (Diss. Lausanne 1948)
- TUHR, ANDREAS VON/SIEGWART, ALFRED: Allgemeiner Teil des Schweiz. Obligationenrechts I/II (2. A. Zürich 1942/44) = VON TUHR/SIEGWART
- TUHR, ANDREAS VON: Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts I/II/III (Leipzig 1910/München und Leipzig 1914/18) = VON TUHR BÜR
- VETSCH, JAKOB: Die Umgehung des Gesetzes (Diss. Zürich 1917)

Ferner werden die bekannten Kommentare zum ZGB, OR, BGB, HGB und ABGB nur mit der Bezeichnung Kommentar und dem Namen des Verfassers (bzw. Begründer/Bearbeiter) zitiert.

III. Zitierweise

1. Römische Zahlen im Zitat einer Gesetzesstelle bezeichnen den Absatz, in einem Literaturzitat beziehen sie sich auf die Bandzahl.

Das Erscheinungsjahr wird jeweils in Klammern angegeben. Arabische Ziffern nach der Klammer bedeuten die Seitenzahl, auch bei jenen Arbeiten französischer Sprache, die mit fortlaufenden Abschnittsnummern versehen sind, ferner auch dann, wenn in Urteilssammlungen die Entscheide numeriert sind. Bei den Periodica weist die arabische Ziffer vor dem Erscheinungsjahr auf den Jahrgang. Wo Schriften nur mit dem Verfassernamen zitiert werden, geben arabische Ziffern immer die Seitenzahl an. Ein «S.» wird nur in Zweifelsfällen angegeben.

2. Kommentare werden nach Gesetzesartikeln zitiert. Die Abkürzung «N» bezieht sich in den Kommentaren auf die Randnoten, in allen übrigen Schriften auf die Fußnoten.

3. Die Ortsangabe kennzeichnet bei Dissertationen die Universitätsstadt, sonst den Druckort.

Allgemeiner Teil

Grundlagen

§ 1. Einleitung: Von dem Kredit und der Kreditsicherung, insbesondere von der Sicherungsübereignung

Es liegt in der Eigenart des Menschen, daß er Vorgänge fürchtet, deren Ablauf entscheidend zu beeinflussen seiner Macht entzogen bleibt. Davon zeugen alle Arten der Versicherung. Ähnlich geht es auch dem Bergbewohner, der sein Haus mit Wall und Graben vor Zerstörung durch Naturgewalt zu schützen sucht und dem Reeder, der für seine Mannschaft Rettungsboote baut.

Eine gleichgeartete Erscheinung ist hier Gegenstand der Betrachtung. Zu den selbstverständlichsten Grundlagen des modernen Geschäftsverkehrs gehört der *Kredit*, womit man die Hingabe von Werten bezeichnet im Vertrauen darauf, daß der Empfänger seine entsprechende Gegenleistung pünktlich erbringen werde. Es gilt, was JHERING¹ schon gesagt hat: «Der Credit enthält den Abschluß der Entwicklung des Tauschsystems, er ist durch den Verkehrszweck in einer Weise postuliert, daß er bei einer gewissen Entwicklung des Verkehrs sich stets mit Nothwendigkeit einstellen muß. Ohne Credit wäre der Verkehr das unvollkommenste, schwerfälligste Ding von der Welt – ein Vogel ohne Flügel; um sich zu bewegen, bedarf er der Schwingen des Credits, und wie dem Vogel die Flügel wachsen, so wie er kaum aus dem Ei gekrochen, so auch ihm.»

Auch der Kreditgeber setzt sich einer Gefahr aus, denn er begibt sich seines Eigentums auf das Risiko hin, daß sein Schuldner die Gegenleistung nicht wird erbringen können. Zwar läßt ihm die Rechtsordnung ein obligatorisches Recht entstehen, von seinem Schuldner die entsprechende Leistung zu verlangen. Doch diese *Forderung* richtet sich nur gegen die Person des Schuldners, sie ist *persönlicher Natur* und die *Sicherheit*, die sie gewährt, ist deshalb relativ und fraglich, weil sie nur dem Schuldner gegenüber gilt. Fällt dieser etwa in Konkurs, wird der Gläubiger neben andere Gläubiger gestellt und seine persönliche Forderung wird nur verhältnismäßig befriedigt werden. Das Bedürfnis des Kreditgebers geht deshalb dahin, sein Risiko zu verkleinern und, un-

¹ RUDOLPH VON JHERING, Der Zweck im Recht I (2. A. Leipzig 1884) 156 ff.

abhängig von der finanziellen Lage des Schuldners, sicher zu sein, daß er seine Leistung erhalten werde.

Am Kreditsicherungsbedürfnis des Verkehrs konnte keine, über archaische Formen hinausreichende Rechtsordnung vorbeisehen, verschiedene Rechtsfiguren haben sich im Laufe der Jahrhunderte zu dessen Erfüllung ausgebildet.

Generell läßt sich unterscheiden zwischen Instituten der Personalsicherung und Instituten der Realsicherung. Als Rechtsfigur der ersten Art war seit jeher die *Bürgschaft* bekannt, deren Eigenart darin besteht, daß neben den ursprünglichen Schuldner ein weiterer Schuldner hinzutritt und für dessen Schuld mit seinem ganzen Vermögen einsteht. Zur ursprünglichen Forderung tritt damit allerdings nichts grundsätzlich verschiedenes hinzu. Zwar wird die Sicherheit gewissermaßen verdoppelt, das Risiko des Gläubigers vermag jedoch auch die Bürgschaft nicht ganz auszuschalten, denn der Anspruch gegen den Bürgen ist derselben persönlichen Natur wie derjenige gegen den Schuldner. Der Unterschied von nackter Forderung zu bürgschaftlich gesicherter Forderung ist nur ein quantitativer, kein qualitativer. Die Notwendigkeit der Überwachung, die der Gläubiger dem Vermögen des Schuldners zu widmen hat, erstreckt sich damit nur auf ein weiteres Vermögen. Ein Ausschluß des Risikos besteht nur virtuell, nicht absolut.

Zu vollständiger Sicherheit kann der Gläubiger nur gelangen, wenn ihm ein Recht zusteht, das nicht nur dem Schuldner, sondern jedermann gegenüber gilt, dessen Gewicht also nicht von einem Vertrag, sondern vom abschließenden und zwingenden Inhalt des Gesetzes abhängig ist: *ein dingliches Recht*. So ging aus der Entwicklung das *Pfandrecht* hervor, ein beschränktes dingliches Recht, das dem Pfandgläubiger gestattet, sich aus dem Erlös *der Sache* zu befriedigen, wenn er mit seiner *persönlichen* Forderung nicht durchzudringen vermag².

Der Gedanke der dinglichen Sicherung war schon den Römern bekannt und, da ein eigentliches Pfandrecht noch nicht bestand, behalf man sich zunächst mit der ausgedehntesten dinglichen Sicherung, die sich denken läßt, mit der *Übertragung des Eigentums* am Sicherungsgegenstand auf den Gläubiger. Dieser erhielt damit mehr, als er für den Geschäftszweck

² Vollkommen vermeiden läßt sich ein Risiko allerdings nicht. In der eventuellen Anfechtung des Geschäftes (SchKG Art. 285 ff.) und der möglichen Wertminderung des Gegenstandes liegt immer ein Gefahrenmoment.

vgl. RENÉ TRACHSEL, Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1949) 8.

eigentlich brauchte, denn ein dingliches Verwertungsrecht hätte genügt. Die Parteien korrigierten die dementsprechend zu große Rechtsmacht, indem sich der Gläubiger verpflichtete, nur dem Sicherungszweck gemäß mit der Sache zu verfahren, sie insbesondere nicht zu veräußern. Das änderte allerdings nichts an der Tatsache, daß er Eigentümer geworden war und über die Sache nach Belieben verfügen *konnte*, auch wenn er es, der Abrede mit dem Schuldner wegen, nicht *durfte*. Weil der Schuldner deshalb ganz auf das *Vertrauen* angewiesen war, daß der Gläubiger nur gemäß dem Geschäftszweck mit der Sache verfare, nannte man das Geschäft in Rom kurz «*fiducia*» und heute spricht man bei all jenen Verträgen, durch welche die Parteien ein Mittel wählen, das über den Geschäftszweck hinausgeht, von *fiduziarischen Rechtsgeschäften*.

Später übernahm das Pfandrecht die Funktion des geläufigen Realisierungsgeschäftes. Es ist dies auch heute die vom Gesetz zur Verfügung gestellte Realsicherungsform³. Dem Pfandrecht haftet jedoch ein schwerwiegender Makel an: Gültigkeitserfordernis ist bei Fahrnis (ZGB Art. 884) die Übertragung des Besitzes auf den Gläubiger, denn der Schuldner soll sich nicht mit Gegenständen umgeben, die ihm nicht mehr unbeschränkt gehören. Damit gebricht es dem Pfandrecht jedoch an einem entscheidenden Punkt, denn es ist Tatsache, daß es vielen kreditbedürftigen Leuten gar nicht möglich ist, sich des Besitzes gewisser Werte zu begeben, weil sie sie etwa zur Ausübung ihres Berufes, oder zu ihrem Lebensunterhalt überhaupt, dringend benötigen. Es trifft dies zu für die Werkzeuge und Maschinen des Handwerkers, für die Waren des Kaufmanns und das unentbehrliche Mobiliar des Hausbewohners. Das Pfandrecht fällt deshalb für diese Leute als Sicherungsmittel dahin. Um dennoch Kredit zu erlangen, nahm man Zuflucht zu jenem Geschäft, das seinerzeit Grundstein der Entwicklung war, und wählte die *Eigentumsübertragung*, um eine Forderung zu sichern. Man sah darin eine Möglichkeit, das hinderliche Erfordernis der Besitzübergabe beim Pfandrecht zu umgehen. So hat sich das Institut unter dem Namen *Sicherungsübereignung* im Rechtsleben eingebürgert.

³ Daneben spielt die *Hinterlegung*, vom Gesetz nur rudimentär als Erfüllungssurrogat geordnet (OR Art. 92), als Sicherungsmittel eine erhebliche Rolle.
vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 202 ff.
VON TUHR/SIEGWART 130 ff.

CARLO KOCKEL, Die Betreibung auf Sicherheitsleistung nach dem schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich 1931) 7 ff.

ROBERT AMSLER, Die Sicherheitshinterlegung im schweiz. Recht (Diss. Bern 1951).

GEORGES BONNANT, La consignation en droit civil suisse (Diss. Genf 1950) 60 ff.

Es sei hier nicht auf die gewichtige Rolle eingegangen, welche die Sicherungsübereignung in Deutschland spielt, wo sie das Pfandrecht weitgehend verdrängt hat, sondern einzig darauf hingewiesen, daß auch nach Inkrafttreten des ZGB, dessen Art. 717 die Möglichkeit des Besitzkonstituts eingeschränkt hat, die Sicherungsübereignung nicht verschwunden ist. Ihr Auftreten ist eine empirische Tatsache, die sich in zahlreichen Gerichtsurteilen manifestiert. Sie wird auch heute noch vereinbart, wenn der Schuldner Sachen als Kreditsicherung verwenden will, die er *nicht entbehren kann*, aber auch dann, wenn dem Gläubiger eine *besonders starke und eindeutige Rechtsstellung* verschafft werden soll⁴.

Diese Rechtsfigur ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit⁵. Das Gesetz

⁴ In entsprechender Weise ist die *Sicherungsabtretung von Forderungen* möglich. vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 270 ff.

MAX ROHNER, Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen (Diss. Bern 1937); HANS BERGMAIER, Die Sicherungszession im Schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1945).

⁵ Die *schweiz. Literatur* zur Sicherungsübereignung ist wenig umfangreich. Das Geschäft wird in den Kommentaren und Lehrbüchern erwähnt und einige Dissertationen widmen ihm ein Kapitel, auch war es Gegenstand gelegentlicher Zeitschriftenaufsätze. Die umfassendste Darstellung findet sich im Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 234 ff. vgl. ferner:

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 17 OR.

Kommentar WIELAND N. 4 zu Art. 717 ZGB, N. 9 zu Art. 884 ZGB und N. zu Art. 894 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 24 ff. zu Art. 717 ZGB.

Kommentar HOMBERGER N. 18 und N. 43 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 14 zu Art. 965 ZGB.

ANDREAS VON TUHR/ALFRED SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (2. A. Zürich 1942) 194 ff.

PETER TUOR, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (5. A. Zürich 1948) 578.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 102 ff.

VIRGILE ROSSEL/FRITZ HENRI MENTHA, Manuel du droit civil suisse II (2. A. Lausanne/Genf 1922) 411 ff.

ANDREA ENGI, Die Fahrnisverschreibung im schweiz. Recht (Diss. Bern 1929) 132 ff.

JAKOB VETSCH, Die Umgehung des Gesetzes (Diss. Zürich 1917) 49 ff.

HANS ERZER, Das fiduciarische Rechtsgeschäft im schweiz. Recht (Diss. Basel Maschinenschrift 1938) 86 ff.

MAX HAFFTER, Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte (Diss. Bern 1928) 136 ff.

JOSEPH ENDERLE, Das Besitzkonstitut nach Art. 717 ZGB (Diss. Basel, Maschinenschrift 1941) 96 ff.

RUDOLPH J. KADERLI, Die Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1938) 76 ff.

hat sie nicht näher geordnet und als Antizipation mag gesagt sein, daß sie auch keinem der gesetzlich behandelten Vertragstypen entspricht. Einzig ZGB Art. 717 erklärt, daß Sicherungsübereignungen Dritten gegenüber dann nicht geltend gemacht werden können, wenn die Sache im Besitz des Schuldners bleibt.

Aus diesem Schweigen des Gesetzes ergibt sich zunächst ein Problem der Rechtsfindung, das sich durch die ganze Arbeit ziehen wird. Vor allem

RENÉ TRACHSEL, Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1949) 93 ff.

PETER SCHENK, Das Pfandrecht an Immaterialgütern (Diss. Zürich 1951) 36 ff.

MAX EHRENZELLER, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1951) 49 ff.

KARL OFTINGER, Von der Eigentumsübertragung an Fahrnis (Diss. Bern 1933) 70 ff. ders., Über die Frage der Wünschbarkeit einer besonderen Regelung des Pfandrechts an Luftfahrzeugen, in: Archiv für Luftrecht 8 (1938) 113 ff. S. 132 ff.

PIERRE AEBY, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in: ZSR 31 (1912) 149 ff., S. 178 ff.

THEO GUHL, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 361 ff.

ERNST RABEL, Einige bemerkenswerte Neuheiten im schweizerischen Zivilgesetzbuche (Wien 1911) 14 ff.

MAX CURT À WENGEN, ZGB Art. 717: Einschränkungen des constitutum possessorium, in: ZSR 39 (1942) 89 ff.

HEINZ REICHWEIN, Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, in: SJZ 46 (1950) 321 ff.

Rechtsprechung vor Erlaß des ZGB:

BGE: 19 344; 19 888; 20 1079; 21 817; 22 229; 23 1079; 24 II 576; 29 II 518; 30 II 550; 31 II 434; 36 II 1; 37 II 157; 37 II 311.

Entscheide des bernischen Appellationsgerichts: ZBJV 39 (1903) 19 ff.; 42 (1906) 614 ff.; 45 (1909) 556 ff.

Entscheid des Obergerichts des Kt. Solothurn, in: SJZ 8 (1911/12) 325 ff.

Rechtsprechung nach Erlaß des ZGB:

BGE: 39 II 691; 40 II 45; 41 II 437; 42 II 17; 56 II 235; 72 II 235.

Kantonsgerichte: ZÜRICH: BlZR 12 (1913) 74 ff.; 12 (1913) 373 ff.; 15 (1916) 6 ff.; 15 (1916) 105 ff.; 21 (1922) 76 ff.; 46 (1947) 13 ff.; 46 (1947) 86 ff.

BERN: ZBJV 59 (1923) 34 ff.; 72 (1936) 653 ff.

AARGAU: SJZ 33 (1936/37) 378 und in: VAargR 36 (1936) 11 ff.

BASEL: SJZ 19 (1922/23) 13 und in: Entscheidungen des Appellationsgerichtes des Kantons Basel-Stadt 3 (1916–20) 266.

ST. GALLEN: SJZ 14 (1917/18) 131.

SCHAFFHAUSEN: Amtsbericht des Obergerichtes 1951 (Schaffhausen 1952) 56 ff.

wird sich die Frage stellen, welche Normen des Gesetzes analoge Anwendung finden können.

Weiter ist die Problematik der Sicherungsübereignung aufs engste verknüpft mit derjenigen des *genus proximum*: dem fiduziarischen Rechtsgeschäft im allgemeinen⁶. Seitdem Doktrin und Judikatur die Eigentumsübertragung vom Vorliegen eines gültigen Rechtsgrundes abhängig machen, hat man immer wieder Zweifel geäußert an der *grundsätzlichen Zulässigkeit* der fiduziarischen Rechtsgeschäfte überhaupt. Deshalb werden Fragen aus dem Problemkreis der Kausalität vorläufig Kernstück jeder Abhandlung bilden, die sich mit dem hybriden und zerbrechlichen Gebilde des fiduziarischen Rechtsgeschäftes beschäftigen will. Erst wenn diese grundsätzliche Frage endgültig als geklärt zu betrachten ist, kann man daran denken, die Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft weiter auszubauen. Das mag eine spätere Aufgabe sein. Hier sei es als *captatio benevolentiae* vorausgesandt.

§ 2. Historische Betrachtung, zugleich Untersuchung der genetischen Eigenart des fiduziarischen Rechtsgeschäftes

I. Die fiducia im römischen Rechte

Im Verlaufe der Republik vollzog sich in Rom die Wandlung vom Agrarstaat zum Stadtstaat, das Kleinbauerntum verarmte und Rom

⁶ Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 17 OR und N. 9 zu Art. 18 OR. Kommentar HAAB N. 23 zu Art. 641 ZGB.

Kommentar HOMBERGER N. 20 zu Art. 920 ZGB.

HANS ERZER, Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Recht (Diss. Basel Maschinenschrift 1938).

ROLF KELLER, Das fiduziarische Rechtsgeschäft im schweizerischen Zivilrecht (Diss. Bern 1944).

CLAUDE REYMOND, Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire (Diss. Lausanne 1948).

WALTER YUNG, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Mélanges Georges Sauser-Hall (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff.

DENIS MADAY, Fiduziarische Rechtsverhältnisse, in: schweiz. Juristische Kartothek, Karten 732 ff.

ferner die vorn N. 5 zitierten.

Für die weitere Literatur und die Rechtsprechung sei auf die Zusammenstellung bei REYMOND a.a.O. verwiesen.

selbst wurde Handelsplatz¹. Das Aufblühen des Handels steigerte auch das Bedürfnis nach Kredit, ohne den wirtschaftliche Unternehmen auch damals schwierig waren. Dieser plötzlichen Anforderung des Verkehrs waren die Institute der römischen Rechtsordnung nicht gewachsen. Die Rechtsgeschäfte waren formalistisch und starr und ihr *numerus clausus* band die Parteien an bestehende Formen².

Ein Institut der Realsicherung³ kannte das alte Rom noch nicht. Die Bürgschaft brachte eine hemmende Bindung an Dritte, war oft nicht möglich und gab dem Gläubiger zudem nur einen obligatorischen Anspruch. So fanden die Parteien, die eine Forderung sicherstellen wollten, im Rechte nicht die Beweglichkeit, die ihnen die geeignete Form für ihr Geschäft hätte schaffen können.

Wollte der Gläubiger zu einer soliden Realsicherung kommen, mußte er sich eine dingliche Berechtigung am Sicherungsobjekt einräumen lassen. Damit entstand die Schwierigkeit, das geeignete Rechtsgeschäft zu finden. Ein beschränktes dingliches Recht existierte im alten Rom noch nicht. Wünschten die Parteien einen Übergang des Rechtes an der Sache, so mußten sie sich an jene Akte halten, die einen solchen Übergang ermöglichten; denn nur der Typus des Geschäftes, nicht aber das Geschäft selbst, erwirkte den Schutz des Rechtes⁴. Es gab für die Parteien nur zwei Möglichkeiten: *mancipatio*, oder *in jure cessio*⁵. Wenn die Kontrahenten aber diesen Weg einschlugen, waren sie fest an ihn gebunden, auch wenn die Wirkungen nicht genau dem entsprachen, was sie wirklich bezweckten. Es traten genau jene Wirkungen ein, die dem gewählten Geschäftstypus immanent waren, unabhängig vom abweichenden Willen der Parteien. Die Wirkung dieser Formalakte aber war regelmäßig der volle Übergang

¹ BERNHARD KÜBLER, Geschichte des Römischen Rechts (Leipzig/Erlangen 1925) 66; ROBERT VON MAYR, Römische Rechtsgeschichte (Leipzig 1912/13) I 1 52 ff.; II 1 31 ff.

² Zum Formalismus vgl.

RUDOLPH JHERING, Geist des römischen Rechts II (Leipzig 1854) 470 ff., insbesondere 489.

³ vgl. HEINRICH DERNBURG, System des Römischen Rechts I (Berlin 1911) 481 ff. Ob ein Besitzpfand, das *pignus*, schon vor der *fiducia* bestand, ist allerdings umstritten. vgl.

PAUL OERTMANN, Die *Fiducia* im römischen Privatrecht (Berlin 1890) 52, 64;

WALTER ERBE, Die *Fiduzia* im römischen Recht (Weimar 1940) 2 und die dort Zitierten.

⁴ OERTMANN a.a.O. 2.

⁵ OERTMANN a.a.O. 2;

ERBE a.a.O. 12.

des Eigentums vom Schuldner auf den Gläubiger. Es war nicht möglich, jemandem die Verfügungsgewalt über eine Sache zu verschaffen, ohne selbst auf das Eigentum zu verzichten. Damit haben wir die für diese Art Geschäfte typische Dissonanz zwischen Zweck und Mittel.

Der Gläubiger wurde Eigentümer, er konnte die Sache jederzeit veräußern. Es blieb nur die Möglichkeit, nach Mitteln zu suchen, die die Stellung des Sicherungsschuldners verbessern konnten. Hier behalf man sich auf folgende Weise: In der sog. *nuncupatio* machte der Veräußerer bei der Übertragung jeweils über den Gegenstand nähere Angaben, an die die Parteien später gebunden waren⁶. In der *nuncupatio* wurde deshalb der Vorbehalt aufgenommen, daß die Übergabe «*fidi fiduciae causa*» erfolgt sei⁷. In einer Nebenabrede, dem *pactum conventum* wurde das näher ausgeführt, insbesondere vereinbart, daß der Gläubiger bei Tilgung der Schuld die Sache in gleicher Weise zurückzuübertragen habe. Die Nebenabrede war selbst nicht klagbar, diente aber gleichsam als Kommentar zu dem lakonischen Treuvorbehalt der *nuncupatio*. Verstieß der Gläubiger gegen die Treuabrede, verkaufte er insbesondere das Sicherungsobjekt, so klagte der Schuldner auf Grund der Treuklausel und dem *iudex* lag ob zu beurteilen, wie die Formel es besagt, ob der Gläubiger verfahren habe: «*ut inter bonos bene agier oportet*»⁸. CICERO, der uns die Formelworte überliefert, fügt allerdings sofort bei: «*sed qui sint boni et quid sit bene agi, magna quaestio est*»⁹ und weist damit auf die Empfindlichkeit hin, die diesem Institute innewohnt.

Später wurde dem Schuldner, der seine Leistung erbracht hatte, eine besondere *actio fiduciae* zur Verfügung gestellt, mit der er seine Sache zurückfordern konnte. Diese Klage wirkte zwar infamierend, hatte aber doch nur schuldrechtlichen Charakter. Sie half nicht darüber hinweg, daß der Gläubiger Eigentümer an der Sache geworden war und diese jederzeit zu veräußern vermochte, ohne daß sich der Schuldner dagegen wehren konnte. Weil dieser gänzlich auf die Zuverlässigkeit des Gläu-

⁶ Das Zwölftafelgesetz bestimmt ausdrücklich: *tab. VI 1: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.*

⁷ vgl. ERBE a.a.O. 4;

Die Anknüpfung an die Fiduciarklausel bestreitet MAX KASER, Die Anfänge der *manumissio* und das fiduziarisch gebundene Eigentum, in: ZSSr 61 (1941) 183.

⁸ CICERO, *de officiis* III, 15, § 61; III, 17, § 70; *Topica* cap. XVII, § 66; *Epistolae ad familiares* VII, 12.

vgl. dazu WOLFGANG KUNKEL, *Fides* als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht, in: Festschrift Paul Koschaker II (Weimar 1939) 7.

⁹ *de officiis* III, 17, § 70.

bigers vertraute, nannte man den ganzen Vorgang *mancipatio* oder *cessio fiduciae causa*, oder kurz *fiducia*^{10, 11}.

Über viele Punkte herrscht auch heute nicht volle Klarheit. Umstritten ist vor allem, ob die *lex commissoria* der *fiducia* immanent war, d. h. ob der Gläubiger bei Säumnis des Schuldners die Sache behalten konnte. Jedenfalls war es möglich, eine solche Verfallklausel zwischen den Parteien zu vereinbaren, bis sie von Konstantin für ungültig erklärt wurde. Sie brachte oft eine bedenkliche Benachteiligung der insolventen Schuldner, dann nämlich, wenn die zur Sicherung übereignete Sache im Wert die Forderung erheblich überstieg. Sie wurde deshalb oft unter den Parteien durch ein *pactum de vendendo* ersetzt: auch bei Nichterfüllung mußte dann der Gläubiger die Sache vorerst verkaufen und das *superfluum* an den Schuldner herausgeben¹².

¹⁰ vgl. für die *fiducia* im allgemeinen die umfassenden Monographien von PAUL OERTMANN, *Die Fiducia im römischen Privatrecht* (Berlin 1890) und WALTER ERBE, *Die Fiducia im römischen Recht* (Weimar 1940), ferner die Zusammenfassungen bei SOHM/MITTEIS/WENGER, *Institutionen des römischen Privatrechts* (17. A. München/Leipzig 1926) 58 ff.

CZYHLARZ/NICOLÓ, *Lehrbuch der Institutionen des römischen Rechtes* (19. A. Wien/Leipzig 1933), 131 ff.

EGON WEISS, *Institutionen des römischen Privatrechts* (2. A. Basel 1949) 242 ff.;

JÖRS/KUNKEL/WENGER, *Römisches Privatrecht* (3. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1949) 94, 154 ff.;

BERNHARD KÜBLER, *Geschichte des Römischen Rechts* (Leipzig/Erlangen 1925) 44 ff.

¹¹ Neben der *fiducia cum creditore contracta*, die der Sicherung von Forderungen diene, bestand die *fiducia cum amico contracta*, eine erste Form von Treuhand, die zum Zwecke der Verwaltung oder der Gebrauchsüberlassung geschlossen wurde. Diese Unterscheidung bestreitet:

HECK, *Die fiducia cum amico contracta*, ein Pfandgeschäft mit Salmann, in: ZSt 10 (1889) 82 ff. vgl. dazu

TH. NIEMEYER, *Fiducia cum amico und depositum*, in: ZSt 12 (1891) 297 ff.;

H. GÖPPERT, *Zur Fiducia cum amico contracta*, in: ZSt 13 (1892) 317 ff.;

OERTMANN a.a.O. 135;

ERBE a.a.O. 10, 121 ff.

¹² ALBERTO BURDESE, *Lex commissoria e jus vendendi nella fiducia e nel pignus* (Turin 1949) 7 ff.;

OERTMANN a.a.O. 202 ff.;

ERBE a.a.O. 36 ff.;

DERNBURG a.a.O. 482;

RUDORFF, *Über die baetische Fiduciartafel*, in: ZfRG 11 (1873) 52 ff., S. 66 ff.;

WALTER ERBE, *Pfandverkauf und Eviktion nach klassischem römischem Recht*, in: Festschrift Paul Koschaker I (Weimar 1939) 479 ff., S. 497.

Mit dem Eigentum ging offenbar der Besitz nicht notwendigerweise auf den Gläubiger über¹³.

Die *mancipatio fiduciae causa* war kein Kauf auf Rückkauf. Der Kaufpreis war *nummus unus* und nicht das Darlehen selbst¹⁴. Ging die Sache unter, bestand die Forderung gleichwohl fort. Im Gegensatz zur späteren Form des Pfandrechts, dem *pignus*, war das Recht des Gläubigers an der Sache nicht akzessorischer Natur. Es ging nicht unter mit der Löschung der Forderung. Damit wurde erst der Anspruch des Schuldners auf Rückübertragung begründet. *Mancipatio* konnte nur durch *remancipatio* aufgehoben werden.

Die *fiducia* gehörte dem *jus civile* an. Dafür zeugt ihr Erscheinen als *mancipatio* oder in *jure cessio*. Justinian brachte beide Formen der Eigentumsübertragung zum Verschwinden und das Pfandrecht lebte als *pignus* (Faustpfand) und *hypotheca* (besitzloses Pfand) weiter¹⁵.

II. Analyse der Entwicklung

Diese Betrachtung erfolgte nicht aus platonischer Freude am Historischen allein. Die Entstehung des fiduziarischen Geschäfts und seine Eigenart, dieses Schisma von Mittel und Zweck, wird erst deutlich, wenn beides, zeitlich von zwei Seiten beleuchtet, die richtige Plastik erhält.

Am Anfang steht jeweils die Rechtsordnung, mit ihren bewährten und überlieferten Mitteln. Tritt dann ein neuer Zweck von außen auf, gilt es zunächst dem Neuen mit dem Alten zu begegnen. Nicht immer läßt sich neues Recht setzen. Das ist auch richtig so. Die Manie zur Kodifi-

¹³ vgl. RUDORFF a.a.O. 93 ff.;

OERTMANN a.a.O. 174;

ERBE, *Fiduzia* a.a.O. 70;

DERNBURG a.a.O. 483;

ders., *Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts I* (Leipzig 1860) 17;

O. GEIB, *Actio fiduciae und Realvertrag*, in: ZSS 8 (1887) 112 ff., S. 116.

¹⁴ vgl. OERTMANN a.a.O. 179;

DERNBURG, *System* a.a.O. 482 ff.;

ERBE, *Fiduzia* a.a.O. 9;

ders., *Pfandverkauf* a.a.O. 484;

ERNST RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in: ZSS 28 (1907) 311 ff., S. 351.

¹⁵ Die Beziehung von *fiducia*, *pignus* und *hypotheca* untereinander sind noch unklar. vgl. dazu

EGON WEISS a.a.O. 242;

ERBE, *Fiduzia* a.a.O. 2.

kation, die auch heute gelegentlich zum Ausdruck kommt, zeugt von kleinlicher Auffassung des Rechts. Nicht jedes neue Gesetz vermag die Beweglichkeit geschickter und gesunder Rechtsprechung zu ersetzen. «Was die Jurisprudenz mit den gegebenen Mitteln und Begriffen zu Wege bringen kann, dafür soll sie keine besonderen benutzen»¹⁶. Offenbar neigt auch der Praktiker dazu, den Umbau dem Neubau vorzuziehen¹⁷.

So werden alte Formen angewandt, um eine neue *Zweckbestimmung* zu bewältigen. Diese Zweckbestimmung, «zunächst nur juristisch nicht erheblicher Untergrund, tritt meistens bald mehr und mehr in das juristische Gefüge des Geschäftes empor. Sie beherrscht den Sprachgebrauch, ändert manchmal die Rechtssätze und ‚isoliert‘ schließlich bisweilen die beabsichtigte Hauptwirkung»¹⁸. Wird dann der Zweck im Rechtsgeschäft so selbständig, daß er eigener Betrachtung und Regelung bedarf, trägt die Jurisprudenz dem neuen Bedürfnis Rechnung, ein neues Instrument kommt in die Hand der Juristen. Zuerst von den beratenden Juristen benützt, um den Mangel an direkten Mitteln zu beheben, wurde die *fiducia* bald gewohnheitsrechtlich anerkannt und beherrschte nun, obwohl sie noch innerhalb des Typenzwanges lebte, das Rechtsgeschäft, das man als Rahmen wählte. Die Zweckbestimmung blieb nicht nur verinnerlichte Absicht, sondern wurde in gewissem Maße selbst erheblich¹⁹. Die *mancipatio* und in *jure cessio fiduciae causa* wurde bald nur noch «*fiducia*» genannt und damit als selbständiges Rechtsgeschäft betrachtet.

Von der Eigenschaft der *Mittel* hängt die Tauglichkeit des Geschäftes ab. So war es auch bei der Entwicklung des römischen Pfandrechts. Die *fiducia* half über den ersten Mißstand hinweg und räumte dann anderen, besseren Formen das Feld. Der Aufbau des Geschäftes mag gekünstelt und konstruiert erscheinen. Indessen war es gerade die hohe Fähigkeit der römischen Juristen, aus Bestehendem Neues zu schaffen, die vorhandenen technischen Mittel so zu verwenden, daß auch Nuancen erreichbar wurden. Auf ihre Weise sind sie der neuen Lage gerecht geworden, die sich durch die Evolution des Handels damals ergab.

¹⁶ RUDOLPH JHERING, Geist des römischen Rechts III (Leipzig 1865) 229: zur juristischen Ökonomie.

¹⁷ vgl. ERNST RABEL, Nachgeformte Rechtsgeschäfte, in: ZSt 28 (1907) 311 ff., S. 377.

¹⁸ RABEL a.a.O. 376.

¹⁹ vgl. EMILIO BETTI, Bewußte Abweichung der Parteiabsicht von der typischen Zweckbestimmung (*causa*) des Rechtsgeschäfts, in: Festschrift Paul Koschaker I (Weimar 1939) 328.

Das römische Recht hat hier für uns eine spezielle Bedeutung: Auch unser Sachenrecht, in seiner Mischung von deutsch- und römischrechtlichen Elementen, ist durch den *numerus clausus* der dinglichen Rechte gewissermaßen starr und wenig anpassungsfähig. Auch hier zeigt sich deshalb die Notwendigkeit, für gewisse Zwecke Mittel zu wählen, die ihnen nicht genau entsprechen. So treffen wir auch hier fiduziarische Geschäfte. Es ist aus diesem Grunde nicht ganz richtig zu sagen, das schweizerische Recht habe die römische *fiducia* getreulich übernommen. Nicht die *fiducia* wurde übernommen, sondern die *Struktur* unseres Sachenrechts ist der des römischen Rechts an sich ähnlich, durch den starren *numerus clausus* der Typen entsteht dasselbe *Bedürfnis*. Die Form dafür ergibt sich, ohne daß sie übernommen werden muß, aus unserem Rechte selbst.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist wie ein *Archetypus*²⁰, der überall da auftaucht, wo ein starres Recht nach neuen Formen sucht. Einem so gearteten Recht ist das Urbild des fiduziarischen Verhältnisses *immanent*. Es besteht a priori, wenn auch möglicherweise latent, so daß es vielleicht niemals äußerlich wahrnehmbar wird.

Auch wo die Ursache fiduziarischer Verhältnisse nicht nur auf den *Formalismus* zurückzuführen ist, wie das gerade bei der Sicherungsübereignung der Fall ist, wo die *Umgehungsabsicht* die Hauptrolle spielt, bleibt der Vorgang der Entwicklung genau derselbe. Hat sich das betreffende Geschäft im Rechtsleben einmal heimisch gemacht, verselbstständigt sich allmählich der Parteizweck und löst sich von der Form, in die er bislang eingekleidet war. Es entsteht ein neues, eigenes Gebilde.

So hat sich die eben vorgezeichnete Genesis in Deutschland und in der Schweiz an der Sicherungsübereignung vollzogen. In beiden Ländern wurde sie zunächst nur in der Gestalt des Kaufes mit Rückkaufsrecht als zulässig betrachtet, war somit in eine alte, überlieferte Rechtsfigur eingekleidet. Sukzessive löste sich dann aber das Geschäft aus diesem einengenden, unpassenden Rahmen und trat als reine, selbständige Sicherungsübereignung in den Verkehr. In Deutschland vollzog sich diese Wandlung auf Grund der Lehre vom abstrakten Rechtsgeschäft, weil nach dem Recht des BGB eine Übereignung auch dann stattfinden kann, wenn der Rechtsgrund an sich eine Eigentumsübertragung nicht rechtfertigt. In der Schweiz jedoch, das sei hier vorweggenommen, kam es

²⁰ wenn es gestattet ist, den augustinischen Begriff aus den psychologischen Lehren CARL GUSTAV JUNG's zu entlehnen.

trotz der Kausalität der Eigentumsübertragung dazu, indem das Bundesgericht die Sicherungsübereignung als *selbständiges Rechtsgeschäft* anerkennt²¹.

In diesem historischen Zusammenhang ist auch der andere, gegen-
teilige Standpunkt interessant, den das Bundesgericht in bezug auf die
übrigen fiduziarischen Rechtsgeschäfte einnimmt. In diesen anderen fidu-
ziarischen Verhältnissen, also abgesehen von den Sicherungsgeschäften,
sieht das Bundesgericht nämlich keinen Vertrag eigener Art und besteht
darauf, daß solche Kontrakte in ein typisches Vertragsverhältnis einge-
kleidet sein müssen. Es gebe nur einen fiduziarischen Kauf, eine fiduzia-
rische Schenkung, usf.²².

Im Verlauf dieser bundesgerichtlichen Praxis zeichnet sich die beschrie-
bene Entwicklung klar und deutlich ab. Der status nascendi ist bereits
überschritten, wenn des weiteren der Prozeß auch nur bis etwa zur Hälfte
vollzogen ist. Die Loslösung von der alten Form ist bei der Sicherungs-
übereignung bereits erfolgt, während andererseits für die übrigen fidu-
ziarischen Rechtsgeschäfte an der traditionellen Gestaltung festgehalten
wird.

Obschon sich aus der Geschichte kaum etwas Zwingendes für eine
zukünftige Entwicklung ableiten läßt, so liegt doch die Vermutung nahe,
daß der Vorgang in der umschriebenen Art zu einem Ende komme und
das fiduziarische Geschäft ganz allgemein als selbständige causa, als
contractus sui generis betrachtet werden wird. Indem sie auf die Wahr-
scheinlichkeit dieser weiteren Entwicklung hinweist, ist die historische
Betrachtung auch dann sinnvoll, wenn sich aus ihr nichts absolut Sicheres
für die Zukunft ableiten läßt.

§ 3. Die Entwicklung der Sicherungsübereignung als Umgebungsgeschäft

I. Die Sicherungsübereignung in der Schweiz vor Erlaß des ZGB

Die unter der Herrschaft der kantonalen Rechte zum Teil noch mögliche
Mobiliarhypothek mit Registereintrag fand im alten OR keine Stütze

²¹ BGE 72 II 240.

²² BGE 72 II 361.

mehr¹. Die Pfandbestellung war nur noch in der Form des Faustpfandes vorgesehen (aOR Art. 210), womit die Wahl des Gesetzgebers auf die wohl strengste Publizitätsgestaltung fiel: kein Schuldner, der bewegliche Habe zur Sicherung eines Gläubigers verwenden wollte, durfte weiter im Besitz der Sache bleiben.

Diese strenge Form scheint aber den Bedürfnissen des Verkehrs nicht genügt zu haben, auf alle Fälle traten ziemlich häufig Sicherungsübereignungen auf, indem in all jenen Fällen, wo der Schuldner auf seine Habe, die für die Sicherstellung seines Gläubigers in Frage kam, nicht verzichten konnte, statt einer Faustpfandbestellung kurzweg vereinbart wurde, das Eigentum an der Sache solle auf den Gläubiger übergehen, bis die Schuld getilgt werde.

Für die bezweckte Übereignung schien *ein Kauf* die gewünschte Form abzugeben: als Kaufpreis wurde die Höhe des Darlehens betrachtet und als Kaufobjekt der Sicherungsgegenstand. Deshalb *nannten* die Parteien ihr Sicherungsgeschäft kurzweg Kauf, und um dem Schuldner zu ermöglichen, die Sache wieder zurückzuerlangen, wenn er seiner Verpflichtung nachgekommen war, vereinbarte man die Übereignung durch die Schuldtilgung auflösend bedingt oder verabredete ein Rückkaufsrecht. Der Gläubiger ließ dann die Sache meist auf Grund eines Mietvertrages beim Schuldner, so daß beiden Teilen geholfen war.

Wenn der Kauf auch äußerlich nicht sonderlich schlecht für die Absicht der Kontrahenten zu passen schien, so entsprachen doch die normalen Wirkungen des Kaufes ganz und gar nicht dem Geschäftszweck der Parteien. Die Forderung des Gläubigers wurde mit dem Kaufpreis regelmäßig nicht verrechnet², sie sollte ja weiterbestehen und nur «gedeckt»

¹ vgl. die Darstellung der Entwicklung im Kommentar OFTINGER, N. 276 zu Art. 884 ZGB, ferner bei:

EMANUEL GERSTER, Die geschichtliche Entwicklung der Fahrnisverschreibung in der Schweiz (Diss. Bern 1907).

ANDREA ENGI, Die Fahrnisverschreibung im schweiz. Recht (Diss. Bern 1929).

ALFRED MARTIN, Pactum reservati dominii et Hypothèque Mobilière (Genève 1903).

HANSJAKOB SCHMID, Das Traditionsprinzip im neueren schweizerischen Sachenrecht (Diss. Zürich 1945).

FRIEZ FEGGER, Die Viehverpfändung im schweiz. ZGB (Diss. Bern 1922).

HEINRICH DAENIKER, Die Mobiliarhypothek im modernen schweizerischen und französischen Recht (Diss. Zürich 1908).

H. PEISTER, Die Fahrnisverschreibung im Entwurfe eines schweiz. ZGB, in: ZBJV 39 (1903) 249 ff. und 321 ff.

² BGE 19 888; 22 229; 23 1079; 29 II 518; 36 II 1; Entscheidung des bernischen Appellationsgerichtes, in: ZBJV 39 (1903) 19.

werden. Nutzen und Gefahr blieben meistens beim Verkäufer³ und oft bestand auch ein offenes Mißverhältnis zwischen dem sog. Kaufpreis, bzw. dem Darlehen und dem Werte des Kaufs-, bzw. des Sicherungsgegenstandes⁴. Bei näherem Zusehen entbehrte das Geschäft fast aller charakteristischen Merkmale eines Kaufes, die ganze Atmosphäre wies *gegen* ein Umsatzgeschäft.

Das *Bundesgericht* duldete zwar grundsätzlich die Sicherungsübereignung mit *constitutum possessorium*, indem es ausführte, die *Über-eignung* von Sachen könne sehr wohl *zum Zwecke der Sicherung* dienen, aus diesem Geschäftszweck lasse sich nicht auf mangelnde Ernstlichkeit der Übereignung schließen⁵. Daß damit genau dasselbe Resultat erreicht wurde, wie durch die verbotene Mobiliarhypothek, betrachtete das Gericht nicht als Hindernis für die Zulässigkeit des Geschäftes⁶. Hingegen

³ BGE 20 1079; 30 II 550.

⁴ BGE 24 II 576; 36 II 1; Entscheid des bernischen Appellationsgerichtes, in: ZBJV 42 (1906) 614.

⁵ «Aus der Tatsache für sich allein, daß das Geschäft zum Zwecke der Sicherstellung einer Forderung des Klägers abgeschlossen wurde, folgt nicht, daß der Wille der Parteien nicht auf Kauf und Eigentumsübertragung, sondern auf Verpfändung gerichtet gewesen sei. . . . Denn an sich steht ja nichts entgegen, daß die Sicherstellung einer Forderung durch Übereignung von Sachen erfolge. Wenn ein Schuldner dem Gläubiger eine Sache verkauft und übergibt mit der Beredung, daß der Kaufpreis auf die Schuld verrechnet werde, dem Schuldner aber freistehen solle, die Sache gegen Rückerstattung des Kaufpreises binnen bestimmter Frist zurückzuerwerben, so verfolgt das Geschäft ökonomisch den Zweck der Sicherstellung der Forderung; nichtsdestoweniger enthält dasselbe juristisch einen gültigen Kauf» (BGE 19, 347).

⁶ «Wenn also das Geschäft als ein ernstlich gemeintes, nicht simuliertes zu betrachten ist, so muß sich weiter fragen, ob dasselbe nicht trotzdem ungültig sei, weil es als ein in fraudem legis, zum Zwecke der Umgehung des Art. 210 O.-R. abgeschlossenes, betrachtet werden müsse. In dieser Richtung ist ganz klar, daß die Parteien zu der Rechtsform der kaufweisen Übereignung vermittelt *constitutum possessorium* mit vorhaltenem Rückkaufsrechte des Veräußerers lediglich deshalb griffen, weil nach Art. 210 O.-R. ein Pfandrecht an beweglichen Sachen nur durch körperliche Besitzübergabe begründet werden kann. Bestände dieser Grundsatz nicht, so hätten die Parteien sicher einfach einen Pfandvertrag abgeschlossen. Allein es kann doch das Geschäft nicht als ein in fraudem legis abgeschlossenes bezeichnet werden. Art. 210 O.-R. bezieht sich seinem Wortlaute nach nur auf die Verpfändung; es kann nun nicht ohne weiteres angenommen werden, daß er trotzdem nicht nur die Verpfändung im Auge habe, sondern schlechthin alle Geschäfte betreffe, durch welche einem Gläubiger an beweglichen Sachen seines Schuldners, unter Belassung des Gewahrsams bei letzterem, ein seine Forderung sicherndes dingliches Recht eingeräumt werden solle. Wenn auch die wirtschaftliche Wirkung einer zur Sicherung einer Forderung durch *constitutum possessorium* vollzogene Übereignung

verlangte das Bundesgericht, daß das *Kaufgeschäft*, in dessen Rahmen die Parteien ihre Sicherungsübereignung legten, in allen seinen Konsequenzen ernstlich gewollt sei. Das war in der Folge naturgemäß regelmäßig nicht der Fall, so daß sozusagen alle diese Sicherungsverträge, welche zur gerichtlichen Beurteilung kamen, als simuliert betrachtet wurden⁷.

Mir dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht die Rechtsfigur der (reinen) Sicherungsübereignung nicht zu eigen gemacht, die eben *kein Kauf ist*, sondern ein Geschäft besonderer Art, wie sich im Verlaufe dieser Arbeit noch ergeben wird. Der Verdacht ist wohl unbegründet, das Bundesgericht habe hier den Simulationsbegriff in unzulässiger Weise angewandt, um – in Erkenntnis der Gefahren solcher Sicherungsübereignungen ohne Besitzübergabe – dem vermehrten Auftreten dieser Verträge den Riegel zu schieben⁸. Die volle Wirkung eines Kaufes war *wirklich* nicht gewollt, sie entsprach einfach nicht dem Geschäftszweck. Der Vertrag wurde von den Parteien nur Kauf *geheißen*. Von dessen Wirkungen war aber einzig die *Übereignung* ernst gemeint, alle anderen Konsequenzen hätten dem Sicherungszweck widersprochen. Die Unebenheit der ehemaligen bundesgerichtlichen Rechtsprechung liegt nicht in einer unzulässigen Anwendung des Simulationsbegriffes, sondern im nicht erkannten Antagonismus von Kauf und Sicherungsgeschäft. Umsatzzweck und Sicherungszweck widersprechen sich. Eine Vereinigung wird sich nie erreichen lassen, und deshalb bedeutet der terminus «Kauf zur Sicherung» eine *contradictio in adjecto*.

Das *Zivilgesetzbuch* hat mit seinem Art. 717 die Lage *rechtlich* weitgehend geklärt. Es scheint aber nach wie vor, daß das Faustpfandprinzip dem Verkehr nicht genügt, die immerhin zahlreichen Entscheide, die auch in

wesentlich die gleiche ist, wie diejenige einer Verpfändung ohne Besitzübergabe, so ist doch die Rechtsform, vermittelt welcher diese Wirkung erzielt wird, eine verschiedene. Und nun kann nicht gesagt werden, daß Art. 210 O.-R. auf dem allgemeinen Grundsatz beruhe, daß überhaupt jede Belastung beweglichen Vermögens Dritten gegenüber äußerlich erkennbar sein müsse, so daß jede äußerlich nicht erkennbare Belastung schlechthin, ohne Unterscheidung der dafür benützten Rechtsform, verboten sei» (BGE 19, 348 ff.).

⁷ BGE 19 888; 21 817; 22 229; 23 1079; 24 II 576; 29 II 518; 30 II 550; 31 II 434; 36 II 1; 37 II 157 und 311.

Entscheide des bernischen Appellationsgerichtes im Anschluß ans Bundesgericht, in: ZBJV 39 (1903) 19; 42 (1906) 614; 45 (1909) 556.

⁸ wie VETSCH 62 ff. die Widersprüchlichkeit dieser Praxis erklärt.

den letzten Jahren wieder ergingen, legen davon Zeugnis ab⁹. Das Abwägen von Postulaten des *öffentlichen Interesses* einerseits, die im Publizitätsprinzip zum Ausdruck kommen, und der Forderungen andererseits, die im *Kreditbedürfnis* der Kaufleute, Handwerker usw. wurzeln, scheint ein heikles Problem zu sein, das mit aller Vorsicht und nach Betrachtung von verschiedensten Gesichtspunkten zu lösen ist¹⁰.

Der Gesetzgeber hat mit dem Artikel 717 ZGB keine ungeschickte Hand gehabt, wenn auch seine Auslegung einige Schwierigkeit bereitet¹¹. Ein *Registerpfandrecht* hätte kaum die ideale Lösung gebracht. Es benachteiligt die Kreditgeber, je weiter sie vom Wohnsitz des Schuldners entfernt sind, und die Publizität, die durch Register von beweglichen Sachen erreicht wird, kann immer nur eine beschränkte sein. Die leichte Verschiebbarkeit, die die Fahrnis eben kennzeichnet, läßt eine Registrierung an sich schon fragwürdig erscheinen.

II. Die Bedeutung der Sicherungsübereignung in Deutschland

Wie gefährlich die Frage ist, zeigt die Entwicklung, welche die Sicherungsübereignung in *Deutschland* erfahren hat, wo sie eine weit bedeutendere Rolle spielt als das Faustpfand.

Die Lage ist dort, grob gesehen, dieselbe wie in der Schweiz vor Inkrafttreten des ZGB: Die Mobiliarhypothek ist durch § 1205 BGB verboten¹², das Faustpfand vermochte jedoch dem Verkehrsbedürfnis nicht zu genügen, so daß nach Wegen gesucht wurde, das Erfordernis der Sachübergabe zu umgehen. Die Sicherungsübereignung bot dazu ein

⁹ vgl. vorn 37.

¹⁰ vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 82 ff. und N. 276 zu Art. 884 ZGB.

ANDREA ENGI, Die Fahrnisverschreibung im schweiz. Recht (Diss. Bern 1929) 135 ff.

THEO GUHL, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt nach schweiz. ZGB, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 361 ff.

ALFRED MARTIN, Pactum reservati dominii et Hypothèque Mobilière (Genève 1903) 55 ff.

FELIX ALFRED STAEHELIN, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts (Basel 1937) 79 ff.

¹¹ vgl. hinten 108 ff.

¹² Eine teleologische Interpretation kann darüber meines Erachtens keinen Zweifel aufkommen lassen.

geeignetes Instrument: Der Gläubiger ließ sich zur Sicherung einer Geldforderung vom Schuldner bewegliche Habe zu Eigentum übertragen, solcherart, daß der Schuldner, solange er seinen Verpflichtungen nachkam, in Folge eines besonderen Rechtsverhältnisses im Besitz der übereigneten Sache bleiben sollte.

Die *Rechtsprechung* konnte sich nicht dazu entschließen, dieser Rechtsfigur aus grundsätzlichen Erwägungen als *Gesetzesumgehung* die Gültigkeit zu versagen¹³, und in der Folge hat eine große Zahl von Gerichtsurteilen versucht, eine für den Verkehr brauchbare Kreditsicherungsform zu modulieren. Etwa seit der Jahrhundertwende hat die Sicherungsübereignung an Bedeutung immer mehr gewonnen, sie ist im deutschen Rechtsleben zu einer zentralen, wenn auch nicht immer willkommenen Rechtsfigur geworden, mit der sich Judikatur und Schrifttum¹⁴ intensiv befaßt haben.

¹³ Grundlegend RGE 2 173; 13 200; 26 180.

Daß einer Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut «das Bürgerliche Gesetzbuch nicht entgegensteht, folgt aus § 223 Abs. 2, in welchem ausdrücklich von der Übertragung eines Rechtes zur Sicherung eines Anspruchs die Rede ist. . . . Es kommt nur darauf an, daß der Wille der Vertragsschließenden ernstlich auf die Übertragung des Eigentums gerichtet ist.» (RGE 57, 177).

«Fraglich kann nur sein, ob der pfandrechtliche Zweck, welcher der ernstlich gemeinten Eigentumsübertragung zugrunde liegt und sich in den Abreden über die Verwertung der veräußerten Sachen zu erkennen gibt, der Gültigkeit des Geschäfts entgegensteht. Dies würde nur dann zutreffen, wenn dem § 1205 B.G.B. die Tragweite beizumessen wäre, daß die Sicherung einer Forderung durch bewegliche Sachen des Schuldners nur im Wege der Verpfändung nach Maßgabe jener Vorschrift sollte erfolgen dürfen, und daß nach dem Willen des Gesetzes jede andere Form pfandrechtlicher Sicherung habe ausgeschlossen sein sollen. Nur bei dieser Auslegung des Gesetzes würde man sagen können, daß die Sicherungsübereignung eine Umgehung desselben darstelle und als solche nichtig sei. Sie ist aber weder nach dem Wortlaute noch nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes geboten, und solange nicht ein abweichender Wille des Gesetzgebers klar erhellt, muß es gestattet sein, daß die Beteiligten für die Erlangung von Kredit durch Realsicherheit auch einen anderen Weg einschlagen, als den der Verpfändung. Wenn dieser Weg zu der Anwendbarkeit des sog. Besitzkonstituts anstatt der körperlichen Übergabe führt, so ist auch darin kein Verstoß gegen den nur auf die Belastung einer Sache mit einem Pfandrechte bezüglichen § 1205 BGB zu finden.» (RGE 59, 148).

¹⁴ Aus der umfangreichen Literatur seien hier nur die Kommentare und Lehrbücher genannt und einige der wichtigsten Ausführungen aus dem übrigen Schrifttum. VICTOR HOENIGER im Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG N. 124 ff. vor § 368 HGB.

WILHELM GADOW im Kommentar von Reichsgerichtsräten zum HGB N. 94 ff. zu § 368 HGB.

Grosso modo haben sich folgende *Grundsätze* durchgesetzt: Das abgetretene Recht scheidet nicht endgültig aus dem Vermögen des Abtretenden aus, es soll vielmehr, ebenso wie das Pfandrecht, dem Gläubiger nur zur Sicherung seiner Forderung dienen, und nur solange dieser

Kommentar STAUB/KOENIGE N. 94 ff. zu § 368 HGB.

ERICH BRODMANN im Kommentar PLANCK N. 7 zu § 117 BGB, N. 5a zu § 930 BGB.

Kommentar WARNEYER N. IV zu § 117 BGB, N. V zu § 930 BGB.

SCHACK im Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB N. 6 zu § 930 BGB.

Kommentar OERTMANN N. 5 zu § 117 BGB.

Kommentar SOERGEL N. 5 zu § 930 BGB.

KARL KOBER im Kommentar STAUDINGER N. 32 ff. zu § 929 BGB.

Kommentar JAEGER N. 38 ff. zu § 43 KO.

VON TUHR, BÜR III 185 ff.

MARTIN WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Sachenrecht, (9. A. Marburg 1932) 619 ff.

JUSTUS WILHELM HEDEMAN, Sachenrecht des BGB (2. A. Berlin 1950) 410 ff.

PHILIPP HECK, Grundriß des Sachenrechts (Tübingen 1930) § 107.

ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einleitung, Allgemeiner Teil (13. A. Marburg 1931) 455 ff.

JULIUS VON GIERKE, Sachenrecht, Bd. IX der Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft von Kohlrausch/Peters und anderen (3. A. Berlin/Göttingen/Heidelberg 1948) 193 ff.

KONRAD COSACK/HEINRICH MITTEIS, Handbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Bd. 1. Abteilung: Sachenrecht (7./8. A. Jena 1924) 166 ff.

ERICH BRODMANN in Ehrenberg's Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Bd. 2. Abt. S. 60 ff.

FRIEDRICH KLAUSING, Fiduziarische Rechtsgeschäfte, einschließlich Sicherungsübereignung, in: Rechtsvergleichendes HWB für das Zivil- und Handelsrecht von Franz Schlegelberger III (1929) 368 ff.

RUDOLF BOVENSIEPEN, Sicherungsübereignung, in: HWB der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo/Elster V (Berlin/Leipzig 1927) 473 ff.

KONRAD HELLWIG, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen, in: Arch.f.civ.Pra 64 (1881) 369 ff.

ders., Gläubigernot. Sicherungsübereignungen und andre Schiebungen, in: Recht und Wirtschaft 1 (1911/12) 25 ff. 62 ff. und 84 ff.

KARL LINCKELMANN, Die Sicherungsübereignungen, in: Arch.f.bü.R. 7 (1893) 209 ff.

MAX HALLBAUER, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherungsübereignung, in: das Recht 9 (1905) 632 ff. und 661 ff.

ADELBERT DÜRINGER, Zur Lehre vom Sicherungskauf, in: LZ 2 (1908) 97 ff.

ders., Warenlager als Gegenstand der Sicherungsübereignung, in: LZ 5 (1911) 417 ff.

PAUL OERTMANN, Zur Frage der Sicherungsübereignung, in: DJZ 16 (1911) 1178 ff. ders., Publizität, in: DGWR 1 (1935/36) 113 ff.

LEO RAAPE, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung (Berlin 1913)

Zweck es nötig macht, darf es der Gläubiger behalten¹⁵. Dieser teleologische Gesichtspunkt hat das Reichsgericht dazu geführt, in dogmatisch fragwürdiger Weise dem Gläubiger im Konkurs des Schuldners nicht die Stellung eines Eigentümers, sondern eines Pfandgläubigers einzuräumen (Absonderungsrecht statt Aussonderungsrecht)¹⁶, umgekehrt dem Schuldner im Konkurs des Gläubigers die Aussonderung der «übereigneten» Gegenstände aus der Konkursmasse des Gläubigers zu gestatten (RGE 45 80). In diesem Urteil findet sich der bekannte Satz, daß das Eigentum dem Gläubiger zwar formell und juristisch, nicht aber materiell und wirtschaftlich gehöre¹⁷.

Eine ganz besondere Bedeutung hat die Sicherungsübereignung *ganzer Warenlager* mit wechselndem Bestande erfahren. Neu angeschaffte Ware geht durch antizipiertes Besitzkonstitut unmittelbar in das Eigentum des Gläubigers über. Es ist dabei einzig nötig, daß eine äußerlich in Erscheinung tretende Ausführungshandlung des Schuldners den Übertragungswillen erkennbar macht¹⁸. Das Verbringen der Ersatzware in das übereignete Warenlager erscheint dafür als genügend¹⁹.

So kann es ohne weiteres vorkommen, daß das Geschäft eines Kaufmannes nach außen den Eindruck der Prosperität erweckt, denn seine Lager sind voll und aus den Büchern gehen Sicherungsübereignungen

HEINRICH HOENIGER, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern (2. A. Mannheim/Leipzig 1912).

ders., Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, in: JuWo 56 (1927) 627 ff.

RUDOLF MARCK, Die Sicherungsübereignung mit Einschluß der Sicherungsabtretung, in: RhZ 9 (1917/18) 32 ff.

KARL KERNERT, Stellung des Sicherungsnehmers gegenüber Zwangsvollstreckungen der Gläubiger des Übereigners und in dessen Konkurs, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 54 (Leipzig 1930).

Einen Überblick über die *Rechtsprechung* geben:

SCHÄFER, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, in: Arch. f. bü. R. 38 (1912) 1 ff.

RUMPF, Kredittäuschungsverträge, in: LZ 26 (1932) 1265 ff.

LAURITZ LAURITZEN, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern in der Entwicklung durch die Rechtsprechung (Diss. Kiel 1936).

OTTO WARNEYER, Rechtsgrundsätze des Reichsgerichts (Berlin/Leipzig 1936) zu § 930 BGB.

¹⁵ vgl. RGE 91 279.

¹⁶ vgl. RGE 24 45.

¹⁷ vgl. auch RGE 79 121; 118 209.

¹⁸ vgl. RGE 73 418.

¹⁹ vgl. RGE in JuWo 58 (1929) 2149.

meist nicht hervor: die Waren sind unter den Aktiva verbucht²⁰. Im Vertrauen auf diesen äußeren Schein finden sich weitere Kreditgeber, die sich beim Zusammenbruch des Schuldners plötzlich dessen ganze Aktiven in Folge von Sicherungsübereignungen entzogen sehen. Von allen in Deutschland vorgenommenen *Pfändungen* sollen jeweiligen $\frac{1}{4}$ bis $\frac{1}{5}$ wegen Sicherungsübereignungen wieder aufgehoben werden müssen²¹.

Wohl wurden diese Mängel erkannt: Das Reichsgericht bekämpft Auswüchse des Geschäftes vom Gesichtspunkt der Sittenwidrigkeit, wenn durch die Sicherungsübereignung eine eigentliche Knebelung des Schuldners erreicht wird²². Daneben hat das Reichsgericht in einer grundlegenden Entscheidung (RGE 136 247) fünf Tatbestände entwickelt, in denen der Sicherungsnehmer für den Schaden haftet, der anderen Gläubigern aus solchen Verträgen entsteht. Es handelt sich um: 1. die Konkursverschleppung, 2. die Aussaugung des Schuldners, 3. die Erniedrigung des Schuldners zum Strohmann, 4. den Kreditbetrug und 5. die Gläubigergefährdung (wobei ein betrügerisches Vorgehen nicht erforderlich ist)²³.

Diese Grundsätze stellen so hohe Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Sicherungsnehmers, daß man wohl von diesem Geschäft abgehen würde, wenn es nicht schon so tief im deutschen Wirtschaftsleben Wurzel gefaßt hätte²⁴. Durch die Strenge dieser Rechtsprechung haftet der Sicherungsübereignung etwas Unberechenbares an, das den allgemeinen Eindruck der Fragwürdigkeit dieses Sicherungsgeschäftes noch stärker werden läßt.

Die Sicherungsübereignung, wie sie in Deutschland auftritt, erscheint in mehrfacher Hinsicht problematisch und ungesund. Kerngedanke der Zulässigerklärung ist die *Unterscheidung von Gebots- und Verbotsnormen*. Während diese einen bestimmten *Erfolg* versagen, verlangen jene nur die *Innehaltung eines bestimmten Verfahrens* für eine einzelne Erscheinung. Von § 1205 BGB wird nun gesagt, es handle sich um eine *Gebotsnorm*, die nur für das *Pfandreht* die Übergabe des Besitzes fordere, ein allgemeines Verbot der Mobiliarhypothek enthalte aber das BGB nicht.

²⁰ vgl. JUSTUS VON LIEBIG/RUDOLF BECHERT, Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft, in: Krit. Vjs. 27 (1935) 151 ff. S. 158.

²¹ vgl. SALINGER, Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?, in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages I (Berlin 1912) 409 ff. S. 446.

²² vgl. RGE 118 363; 130 2.

²³ vgl. auch RGE 136 293; 143 48.

²⁴ vgl. VON LIEBIG/BECHERT a.a.O. 165.

Als Rechtsfertigung dieser reinen Begriffsjurisprudenz gilt zuweilen der etwas rabulistische Satz, solcherart werde es möglich, die Härten des Faustpfandprinzips abzuschwächen²⁵. Meines Erachtens wird durch die Anerkennung der Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut das Faustpfandprinzip überhaupt wirkungslos, denn jedesmal, wenn es den Parteien hinderlich ist, wählen sie einfach eine Sicherungsübereignung. *Dieses Geschäft unterscheidet sich ja von der Pfandbestellung funktionell und teleologisch überhaupt nicht.*

Man kann nicht mit der einen Hand verbieten, was man mit der anderen wieder gewährt. Entscheidet man sich zum Faustpfandprinzip, so kann man nicht durch begriffsjuristische Differenzierung ein Rechtsinstitut billigen, das besagtes Prinzip illusorisch macht. Eine solche Jurisprudenz ist krankhaft und zeugt von mangelndem Blick für das Wesentliche.

Das Ganze ist meines Erachtens nur ein Scheinproblem, das auf einer Vermischung von rechtspolitischen Fragen mit Rechtsfragen beruht. Die Frage stellt sich nur sinnvoll, wenn man untersucht, ob das Faustpfandprinzip nicht gelockert werden sollte, weil es den Erfordernissen des Verkehrs nicht zu genügen vermag. Hat man einmal diese Mängel der gesetzlichen Regelung erkannt, bleibt nur eine positivrechtliche Änderung der Verhältnisse, indem man dem Postulat der Publizität auf andere Weise Rechnung trägt.

So wird aber oft durch die intensive Beschäftigung mit Einzelfragen der Überblick über das Ganze verloren, und es entgeht einem, daß Rechtspraktiken dieser Art zu pathologischen Zuständen führen müssen. In der ausgedehnten Diskussion, die die Frage in Deutschland hervorruft, drehen sich die Argumente stets im Kreise: Das Faustpfandprinzip ist für das Kreditbedürfnis ungenügend, die Sicherungsübereignung lockert die Bestimmungen darüber, aber sie führt zu Mißständen, wie sie nur eine Konzession an das Publizitätsprinzip allein zu vermeiden vermag. Damit beginnt die Argumentation von vorne: ein wahrer *circulus vitiosus* also.

Im Schrifttum fehlt es zwar nicht an Reformversuchen²⁶, auch hat sich

²⁵ vgl. z. B. WOLFF, Sachenrecht a.a.O. 620.

²⁶ Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin vom 15. Juni 1911 betreffend «Die Sicherungsübereignung von Warenlagern», in: LZ 6 (1912) 97 ff. Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages (Wien 1912) III (Berlin 1913) 188 ff.: «Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?» (Referate von LITTEN, HOENIGER usf.) SALINGER, Gutachten über die Frage: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?, in: Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages I (Berlin 1912) 409 ff. ders., Zur Einführung des Registerpfandrechts, in: DJZ 31 (1926) 633 ff.

der deutsche Juristentag²⁷ mehrmals mit dem Problem beschäftigt, ohne daß eine wesentliche Änderung der Verhältnisse hätte erzielt werden können.

Auch nach dem zweiten Weltkrieg bestehen die alten Praktiken weiter²⁸, es fehlt allerdings bis jetzt an einer Entscheidung des deutschen Bundesgerichts.

JUSTUS VON LIEBIG/RUDOLF BECHERT, Die Sicherungsübereignung und ihre Zukunft, in: Krit.Vjs. 27 (1935) 151 ff.

HEINRICH LEHMANN, Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen (Stuttgart 1937).

GUSTAV KLEMENS SCHMELZEISEN, Zur Formgestaltung des Treupfandes, in: DJZ 41 (1936) 919 ff.

ders., Zur gesetzlichen Gestaltung des Treupfandes, in: JJb 88 (1939/40) 199 ff. ferner die bei VON LIEBIG/BECHERT a.a.O. zitierten und viele andere.

²⁷ 1881, 1912, 1921; 3. und 7. deutscher Juristentag in der Tschechoslowakei.

²⁸ JUSTUS WILHELM HEDEMANN, Sachenrecht des BGB (2. A. Berlin 1950) 410 ff.

HEINRICH LANGE, Lage und Zukunft der Sicherungsübereignung, in: NJW 3 (1950) 565 ff.

REINICKE, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, in: MDR 5 (1951) 333 ff.

KARL MÜNZEL, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, in: MDR 5 (1951) 129 ff.

H. G. RAUTMANN, Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung, in: NJW 4 (1951) 298 ff.

OTTO LANGE, Gekoppelte Sicherungsübereignungen, in: NJW 4 (1951) 751 ff.

vgl. auch: FRITZ BAUR, Besprechung des Kommentars von Karl Oftinger, Das Fahrnispfand, in: Arch.f.civ.Pra. 152 (1953) 399 ff. S. 400 und

THEODOR SÜSS, Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff (Tübingen 1952) 141 ff. S. 157 ff.

2. Kapitel:

Rechtsnatur und Zulässigkeit

§ 4. Rechtsnatur

I. Ausgangspunkt und Methode

A. Grundsätzliches zur Vertragsfreiheit

Jedem Gesetzgeber stellt sich die elementare Frage, wie weit die Rechtsgenossen ihre Beziehungen unter sich nach eigenem Willen und Gutdünken sollen ordnen können und wie weit das Gesetz das menschliche Verhalten soll abschließend normieren dürfen. Es ist dies die Frage nach den Grenzen der Privatautonomie, nach den Schranken der rechtsgeschäftlichen Freiheit¹.

Die Antwort kann nie nach begrifflich-logischen Gesichtspunkten erfolgen, denn zwischen Rechtsordnung und rechtsgeschäftlicher Freiheit besteht keine Inhaerenz, es ließe sich sehr wohl eine Rechtsordnung denken, die jede Privatautonomie ausschließt². Vielmehr bedarf es einer

¹ vgl. WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944) 18 ff.

ders., Methode und System des Rechts (Zürich 1936) 178 ff.

KARL OETINGER, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in: ZSR 57 (1938) 481 a ff. S. 497 a.

ders., Über den Zusammenhang von Privatrecht und Staatsstruktur, in: SJZ 37 (1940/41) 225 ff. und 241 ff.

ders., Die Vertragsfreiheit, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht (Zürich 1948) 315 ff. S. 317.

AUGUST EGGER, Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Zürich 1939) 14 ff.

WERNER SCHERRER, Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (Basel 1948) 7 ff. und 32 ff.

RUDOLF STAMMLER, Lehrbuch der Rechtsphilosophie (Berlin/Leipzig 1922) 318 ff.

MAX PAPPENHEIM, Die Vertragsfreiheit und die moderne Entwicklung des Verkehrsrechts, in: Festschrift für Georg Cohn (Zürich 1915) 291 ff.

EMIL ZÜRCHER, Die Grenzen der Vertragsfreiheit (Diss. Zürich 1902).

FELIX WIGET, Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung (Diss. Zürich 1939) 18 ff.

JAKOB SCHAFFNER, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung (Diss. Bern 1940).

² BURCKHARDT, Organisation a.a.O. 18.

SCHERRER a.a.O. 7 N. 2.

WIGET a.a.O. 5.

Wertung ethisch-psychologischer Natur. Letzteres vor allem aus der Überlegung, daß das Rechtssystem die menschliche Tatkraft nicht lähmen, sondern stimulieren soll, – das kann sie aber nur, wenn sie dem Einzelnen Freiheit läßt³.

Vom Momente aber, wo man das Rechtsgeschäft, und den Vertrag als dessen häufigste Erscheinungsform, als Ausdruck der Privatautonomie bejaht, bedarf es logischerweise auch nachgiebigen Rechts, sonst wäre die verlangte Freiheit illusorisch.

B. Die Vertragsfreiheit des schweiz. OR

Es liegt im Wesen eines Staates, der weitgehend auf individualistischem Boden baut, daß die Privatautonomie einen entsprechend weiten Raum einnimmt⁴.

So finden wir in OR Art. 19 I das zivilrechtliche Gegenstück zur Handels- und Gewerbefreiheit der Bundesverfassung⁵. Die darin ausgedrückte Vertragsfreiheit ist eine Freiheit nach zwei Richtungen. Einerseits sind die Rechtsgenossen nicht an die im Obligationenrecht einzeln aufgezählten Vertragsverhältnisse gebunden. Es besteht kein *numerus clausus* der Vertragstypen⁶. Innerhalb der Schranken des Gesetzes (OR Art. 19 II)

³ vgl. EUGEN HUBER, *Recht und Rechtsverwirklichung* (Basel 1921) 94 ff.

WALTHER BURCKHARDT, *Individualismus und Sozialismus*, in: *Schweiz. Monatshefte für Politik und Kultur* 10 (1930) 9 ff.

RUDOLF VON JHERING, *Der Zweck im Recht* I (2. A. Leipzig 1884) 33 ff.: über den «Egoismus im Dienste fremder Zwecke».

⁴ OETINGER, ZSR 58 (1938) 497 a. a. O.

⁵ Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 zu Art. 19 OR.

VON TUHR/SIEGWART 233 N. 3.

OETINGER, ZSR 57 (1938) 497 a. N. 2 a. a. O.

ders., SJZ 37 (1940/41) 228 N. 16 a. a. O.

EGGER, a. a. O. 14 ff.

JUSTUS WILHELM HEDEMANN, *Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert* I (Berlin 1910) 7. vgl. hingegen RUDOLF L. BINDSCHIEDLER, *Handels- und Gewerbefreiheit und Vertragsfreiheit*, in: SJZ 38 (1941/42) 292 ff. S. 294.

⁶ Im Gegensatz zur Vertragsfreiheit des Obligationenrechts steht der *numerus clausus* unserer Sachenrechte. Das ergibt sich aus der Natur des dinglichen Rechts. Das obligatorische Recht ist ein persönliches, es richtet sich gegen eine oder mehrere bestimmte Personen allein. Dritte werden dadurch nicht berührt. Nicht so das dingliche Recht. Es ist absolut, gilt *erga omnes*. Stellt man sich das dingliche Recht analog zum obligatorischen vor, müßte der dinglich Berechtigte gegenüber jedermann in einem rechtsgeschäftlichen Verhältnis stehen. Das aber ist praktisch gar nicht möglich. Deshalb muß autoritativ und abschließend, vom Gesetze aus, das Sachenrecht umschrieben werden. vgl. BURCKHARDT, *Methode* a. a. O. 179.

können beliebige Vertragstypen geschaffen werden. Andererseits kann auch da, wo das Gesetz einen Vertragstypus näher geordnet hat, die weitere Ausgestaltung von den Parteien unternommen werden, zwingende Normen vorbehalten⁷.

Das hat für die vorliegende Arbeit folgende Konsequenz: Gegenstand der Ausführung ist ein Rechtsgeschäft, dessen hauptsächliche Merkmale wir schon skizziert haben und das wir Sicherungsübereignung nennen. Seine Existenz läßt sich ohne weiteres im Verkehr empirisch feststellen. Zu untersuchen bleibt, ob es sich hier um einen jener Verträge handelt, die vom Gesetze nicht erwähnt sind, um einen *contractus sui generis*, einen Innominatskontrakt, oder ob sich die Erscheinung unter eine der typischen Vertragsarten des Gesetzes subsumieren läßt. Das ist dann zugleich auch die Frage nach der rechtlichen Natur des Geschäftes.

C. Methode

Das methodische Vorgehen, das wir zur Beantwortung der Frage wählen, ergibt sich zunächst aus der Sache selbst: wir werden unser Institut mit ähnlichen Erscheinungen der einzelnen Vertragsverhältnisse des Gesetzes vergleichen; läßt sich eine Kongruenz feststellen, ist unsere Frage beantwortet, und wir werden uns an jene Normen zu halten haben.

Damit eine solche Kongruenz vorliegt, müßte *Gleichheit* bestehen zwischen unserem Geschäft und dem zur Betrachtung ausgewählten. Gleichheit gibt es aber nie schlechthin, sondern immer nur *hinsichtlich*, – nämlich hinsichtlich eines gemeinsamen Gesichtspunktes, des *tertium comparationis*⁸. Absolute Gleichheit ist logisch unmöglich; was damit gemeint ist, heißt Identität⁹. Denkbar ist immer nur relative Gleichheit, – Gleichheit hinsichtlich einer oder mehrerer Eigenschaften, die für den Standpunkt des Beurteilenden als relevant erscheinen. Zwischen der Pfandbestellung und der Sicherungsübereignung besteht zum Beispiel eine solche Gleichheit *hinsichtlich des Zweckes*. Wenn also der teleologische Gesichtspunkt entscheiden würde über das «Gleich» oder «Ungleich» zweier Verträge, so hätten wir die Lösung unserer Frage bereits gefunden. Dies ist indessen nicht der Fall, ausschlaggebend kann nur eine *begriffliche* Unterscheidung sein. Es gilt deshalb noch, das *tertium comparationis*

⁷ vgl. Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 2 ff. zu OR 19, N. 4 vor Art. 184–551 OR; VON TUHR/SIEGWART I 233 ff.

⁸ vgl. HANS NEF, Gleichheit und Gerechtigkeit (Habilitationsschrift Zürich 1941) 10 ff.

⁹ vgl. NEF a.a.O. 16 ff.

zu finden, das über Gleichheit und Ungleichheit in unserem Zusammenhang bestimmt.

Das unterscheidende Merkmal ist sogleich gefunden, wenn man Verträge nach ihren Eigenschaften und Wirkungen in *essentialia negotii* und *accidentalia negotii* zerlegt, d. h. einerseits in jene Bestandteile, die *immer* vorhanden sein müssen, damit das Gebilde überhaupt zustande kommt und jene, die nur *meistens* oder *manchmal* dem normalen Vertragsinhalt beigefügt werden. Damit erfolgt zugleich die Unterscheidung nach begrifflich wesentlichen und begrifflich unwesentlichen Bestimmungen¹⁰. *Entscheidend für das Zustandekommen eines Vertrages ist nur die Einigung über die Essentialia, d. h. über jene juristischen Tatsachen, die per definitionem zum Vertragsinhalt gehören*¹¹. Sind aber für die Entstehung des Vertrages nur *diese* juristischen Tatsachen erforderlich, so müssen *sie* die Grundlage unserer Betrachtung sein, denn sie allein werden bei *jedem* Verträge jener Gattung vorhanden sein.

Unterscheidet sich dann unser Rechtsgeschäft in diesem Sinne von allen im Gesetz erwähnten, haben wir es logischerweise mit einem Verträge eigener Art zu tun, und es wird des weiteren zu untersuchen sein, nach welchen Gesichtspunkten seine Anwendung zu geschehen hat.

Bevor wir aber untersuchen, *was* eine Sache ist, müssen wir wissen, *wie* sie ist. Eine Fragestellung darf nicht auf einer Unbekannten basieren, sonst drehen sich Frage und Antwort stets im Kreise; denn die Antwort enthält immer noch die Unbekannte der Frage. Wird die Frage richtig gestellt, untersucht man, ob die Merkmale des einen Begriffes auch beim anderen vorliegen. Das setzt voraus, daß man beide Begriffe kennt. Der Frage nach der Natur einer Sache geht also diejenige nach dem Begriff voraus.

Im konkreten Falle dürfen wir nicht fragen, welche Normen auf die Sicherungsübereignung angewandt werden können, bevor wir uns nicht im klaren sind, was wir unter Sicherungsübereignung überhaupt verstehen wollen. Wir bedürfen also einer *Definition*.

¹⁰ Mit der Unterteilung von *essentialia* und *accidentalia negotii* ist die *grundsätzliche* Klassierung erfolgt; eine weitere Differenzierung nach *naturalia negotii* und *accidentalia negotii* im engeren Sinne birgt nur noch ein quantitatives Element.

vgl. OFTINGER, Trödelvertrag a.a.O. 21 N. 4.

ERNST KELLER, Der Vorbehalt von Nebenpunkten beim Vertragsabschlusse (Diss. Zürich 1943) 56.

WALTER NAEGELI, Allgemeine Geschäftsbedingungen (Diss. Zürich 1951) 27 ff.

¹¹ vgl. OFTINGER, Trödelvertrag a.a.O. 21 N. 4.

Wie aber zu dieser Definition gelangen? Wie immer bei der Suche nach Primärem müssen wir uns auf die Empirie verlassen. Wir müssen kasuistisch operieren, um aus dem Speziellen dann das Allgemeine abzusondern.

Ist auf diese Weise ein Begriff einmal gewonnen, wird er zum *Ausgangspunkt* der weiteren Untersuchung werden. Das Verfahren wird dann gerade umgekehrt: zur Gewinnung des Begriffes schreitet man vom Einzelnen zum Generellen; ist der Begriff alsdann gefunden, nähert man sich wiederum vom Allgemeinen dem Besonderen¹².

II. Der Begriff der Sicherungsübereignung

Durch den Sicherungsübereignungsvertrag verpflichtet sich der Schuldner (Fiduziant), dem Gläubiger (Fiduziar) eine Sache zur Sicherung einer Forderung zu übereignen, und der Gläubiger, die Sache nur dem Sicherungszweck gemäß zu verwenden.

Als *essentialia negotii* lassen sich daraus gewinnen:

1. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung.
2. Der Sicherungszweck.

Diese Elemente lassen sich aus einer kasuistischen Betrachtung ohne weiteres herauskristallisieren. Dabei darf nicht vergessen werden, daß nicht die *Bezeichnung*, die die Parteien dem ganzen Geschäft oder einzelnen Teilen geben, entscheidend ist, sondern der übereinstimmende wirkliche Wille (OR Art. 18 I).

Vorliegen muß einmal der Wille zur *Eigentumsübertragung*. Meistens manifestiert er sich in der Kennzeichnung des Geschäftes als «Kauf»¹³. Hie und da wird das Geschäft auch von vornherein als Sicherungsübereignung bezeichnet¹⁴.

Daß an Stelle der Verpfändung eine Sicherungsübereignung vereinbart wird, kann verschiedene Gründe haben. Eine Sicherungsübereignung ist erstens geeignet, dem Gläubiger eine außergewöhnlich starke und einfache Rechtsstellung zu verschaffen. Der Wille zur Eigentumsübertragung kann sich jedoch auch aus Umständen ergeben, die statt einer Verpfändung regelmäßig eine Eigentumsübertragung mit sich bringen: Das ist jeweilen

¹² vgl. die grundsätzlichen Bemerkungen zur Methode der Induktion und Deduktion bei OFTINGER, Trödelvertrag a.a.O. 9 ff.

¹³ z.B. BGE 56 II 444; 42 II 17; 39 II 691.
BIZR 46 (1947) 13; 15 (1916) 6.

¹⁴ BIZR 46 (1947) 86; SJZ 33 (1936/37) 378.

der Fall, wenn eine Bank von einem Lieferanten des Schuldners Konossemente erhält, die sie nur gegen Bezahlung des Preises an den Schuldner herausgibt. Die Bank bekleidet dann die Stellung eines Eigentümers¹⁵. Normalerweise wird auch an Stelle der Verpfändung von Warenlagern in Lagerhäusern eine Umschreibung auf den Namen des Gläubigers vorgenommen, dieser (meistens handelt es sich um eine Bank) nimmt dann eindeutig die Position eines Eigentümers ein¹⁶.

Der *Sicherungszweck* geht aus der ganzen Konstellation beim Vertragsabschluß hervor; oft wird er auch von den Parteien ausdrücklich im Vertragswortlaut erwähnt, wobei wiederum die Ausdrucksweise für die rechtliche Qualifikation nicht ausschlaggebend sein darf. Man trifft etwa Wendungen wie: «sichergestellt»¹⁷, «zu Eigentum verpfänden», «Deckung im Sinne einer Eigentumsübertragung»¹⁸, «Kautio bestellen»¹⁹ usf.

Die *Verpflichtungen* des Gläubigers können ausdrücklich aus dem Vertrag hervorgehen, *müssen* es aber nicht, denn sie ergeben sich schon aus dem Sicherungszweck.

Die Rückübertragungspflicht bei Schuldtilgung wird meistens in ein sog. «Rückkaufsrecht» gekleidet²⁰. Es kommen auch etwa Bezeichnungen vor wie: der «Besitz»²¹ solle wieder auf den Schuldner übergehen, oder das Eigentum «falle zurück» bei Schuldtilgung²².

Als nicht begriffswesentliche Vereinbarungen seien hier etwa genannt: Besondere Bestimmungen über eine eventuelle Verwertung: z.B. freihändiger Verkauf, Versteigerung, Verfallabrede. Weiter sind denkbar besondere Bestimmungen betreffend Nutzen und Gefahr, den Unterhalt der Sache, die Versicherung und die Ersatzpflicht.

¹⁵ BIZR 12 (1913) 74.

¹⁶ vgl. dazu Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 239 und 257 ff.
RUDOLF J. KADERLI, Die Sicherung des Bankkredites (Diss. Bern 1938) 76 ff.
abweichend: RENÉ TRACHSEL, Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1949) 95 ff.

¹⁷ BGE 72 II 236.

¹⁸ BGE 20 1079.

¹⁹ vgl. dazu Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 285 und N. 24 zu Art. 900 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 3 2c zu Art. 884 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 39 zu Art. 884 ZGB.

TRACHSEL a.a.O. 14 ff.

²⁰ BGE 56 II 444; 39 II 691; BIZR 46 (1947) 13; 15 (1916) 6.

²¹ BGE 72 II 235.

²² SJZ 19 (1922/23) 13; Entscheidungen des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt 3 (1916–20) 266.

Die Sicherungsübereignung stellt sich damit dar als unvollkommener zweiseitiger Vertrag, indem auf beiden Seiten Verpflichtungen bestehen, ein Austausch der Leistungen aber nicht bezweckt ist.

Das Geschäft kann zu einem synallagmatischen Vertrag werden, wenn die Sicherstellung für eine Gegenleistung erfolgt. Der Gläubiger gewährt z. B. ein Darlehen nur gegen Sicherstellung oder erklärt sich zur Stundung bereit, wenn er durch eine Sicherungsübereignung gedeckt wird.

III. Vergleich mit der Schenkung

Als Schenkung gilt jede Zuwendung unter Lebenden, womit jemand aus seinem Vermögen einen anderen ohne entsprechende Gegenleistung bereichert (Art. 239 I OR).

Begriffswesentlich sind:

1. Eine Zuwendung, die der Schenker dem Beschenkten macht.
2. Die Bereicherung des Beschenkten.
3. Die Unentgeltlichkeit der Zuwendung.

Auch bei der Sicherungsübereignung liegt eine Zuwendung des Fiduzianten an den Fiduziar vor, eine Handlung also, durch welche jemand einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft. Der Unterschied zur Schenkung liegt jedoch darin, daß keine Bereicherung des Gläubigers im eigentlichen Sinne entsteht. Wohl wird seine Stellung gefestigt und sein Recht verstärkt, insofern ist es auch berechtigt, von Bereicherung zu sprechen. Eine Vermehrung der Aktiven in der Werthöhe des Sicherungsgegenstandes hingegen tritt bei der Sicherungsübereignung nicht ein. Zwar gehört die Sache nun zum Vermögen des Gläubigers, eine Vergrößerung hat es aber nicht in entsprechendem Maße erfahren, denn der neu entstandene Aktivposten wird durch einen Passivposten aufgewogen, die Verpflichtung nämlich, die Sache bei Schuldtilgung an den Fiduzianten zurückzugeben.

Ein weiterer Unterschied zur Sicherungsübereignung besteht in der Unentgeltlichkeit der Schenkung. Die Sicherungsübereignung ist zweifellos dann entgeltlich, wenn sie eine Gegenleistung bewirkt, das ist der Fall, wenn der Gläubiger ein Darlehen überhaupt nur gegen Sicherstellung gewährt, oder sich etwa nur gegen Sicherstellung bereit erklärt, das Schuldverhältnis zu verlängern²³.

Man kann auch nicht die verschiedenen Verpflichtungen, die dem Fiduziar bei der Sicherungsübereignung auferlegt werden, mit einer

²³ vgl. des weiteren hinten 89 ff.

Auflage identifizieren, von der das Gesetz wiederholt spricht²⁴, ohne den Begriff zu umschreiben. Es handelt sich dabei um Nebenbestimmungen, die einer unentgeltlichen Zuwendung beigegeben werden, um dadurch den Empfänger zu einer bestimmten Leistung zu verpflichten²⁵. Damit wird die Interessenlage bei der Zuwendung unter Auflage den Verhältnissen bei der Sicherungsübereignung nicht gerecht. So kann zum Beispiel bei Nichterfüllung der Auflage die Zuwendung wieder rückgängig gemacht werden, während eine Mißachtung der fiduziarischen Abreden das Eigentumsrecht des Fiduziars nicht berührt.

Als Schenkung unter Auflage läßt sich die Sicherungsübereignung nicht konstruieren.

IV. Vergleich mit dem Kauf

Durch den Kaufvertrag verpflichtet sich der Verkäufer, dem Käufer den Kaufgegenstand zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer, dem Verkäufer den Kaufpreis zu bezahlen (Art. 184 I OR).

Die wesentlichen Bestandteile des Kaufes sind nach der Legaldefinition:

1. der Kaufgegenstand,
2. der Preis,
3. der Austausch von Ware und Preis.

Der Kauf tritt uns damit als typischer Veräußerungsvertrag entgegen. Sein Ziel ist der Umsatz von Ware, und auf dieses Ziel beschränkt er sich auch. Wert und Gegenwert sollen in das Vermögen des Vertragspartners übergehen. Der Kauf ist kein Dauerschuldverhältnis, er ist vollzogen mit der Übertragung des Eigentums. Der Kaufgegenstand geht «zu vollem Rechte und Genusse» auf den Käufer über, wie sich aOR Art. 229 im

²⁴ Auflage bei Stiftungen ZGB Art. 86 II.

erbrechtliche Auflage ZGB Art. 482.

Schenkungen unter Auflage OR Art. 245/6.

²⁵ vgl. Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 3 zu Art. 245 OR.

Kommentar BECKER N. 3 zu Art. 246 OR.

FRIDA IRMA STIFEL, Die privatrechtliche Auflage (Diss. Zürich 1933) 41 ff.

GERSTLE 165.

ferner Kommentar ESCHER N. 13 ff. zu Art. 482 ZGB.

Kommentar TUOR N. 6 zu Art. 482 ZGB.

Vom Auftreten bei synallagmatischen Verträgen sprechen STIFEL a.a.O. 16 und EMANUEL GRÜNINGER, Schenkung unter Auflage (Diss. Basel Maschinenschrift 1941) 12.

deutschen Texte ausdrückte²⁶. Zwar können mit dem Kaufe Nebenabreden verbunden werden, womit ein der Sicherungsübereignung scheinbar ähnliches Gebilde erreicht wird²⁷. So erhält durch die Vereinbarung eines Rückkaufsrechts der Verkäufer das Recht, die von ihm verkaufte Sache auf dem gleichen Weg des Kaufes wieder zu erwerben. Damit ist aber an der Natur des Kaufes nichts geändert; bis zur Ausübung des Rückkaufsrechts ist der Käufer völlig frei. Der Verkäufer kann ihm kei-

²⁶ vgl. zum Begriff des Kaufes die Kommentare OSER/SCHÖNENBERGER und BECKER zu Art. 184 OR; ferner etwa

PAUL OERTMANN, Der gewöhnliche Handelskauf, in: Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts 4. Band 2. Abteilung (Leipzig 1918) 327 ff. S. 333.

ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II Recht der Schuldverhältnisse (13. Bearbeitung Tübingen 1949/50) 389 ff.

AUGUST BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht II (Erlangen 1884) 60.

²⁷ vgl. allgemein zur Erscheinung des Sicherungskaufes:

Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG N. 129 vor § 368 HGB.

Kommentar STAUDINGER N. 33 zu § 929 BGB.

Kommentar PLANCK N. 7 zu § 117 BGB.

Kommentar WARNEYER N. IV zu § 117 BGB.

Kommentar GADOW/HEINICHEN N. 95 zu § 368 HGB und N. 51 vor § 373 HGB.

Kommentar STAUB/KOENIGE N. 95 zu § 368 HGB und N. 51 ff. vor § 373 HGB.

Kommentar KLANG zu § 424 ABGB 1. Band 2. Abteilung 155.

ARMIN EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (6. A. Wien 1923) 1. Band 2. Abteilung 210.

VON TUHR, BüR III, 194 N. 52.

ADELBERT DÜRINGER, Zur Lehre vom Sicherungskauf, in: LZ 2 (1908) 97 ff.

LEO RAAPE, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung (Berlin 1913) 69 ff.

MAX HALLBAUER, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung, in: Das Recht 9 (1905) 632 ff. und 661 ff.

SCHÄFER, Die Rechtsprechung über die Sicherungsübereignung, in: Arch. f. bü. R. 38 (1912) 1 ff. S. 6 ff.

Kommentar BECKER N. 28 zu Art. 18 OR.

ALFRED SIEGWART, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten (Rektoratsrede Freiburg 1936) 18.

KARL HELBLING, Die Lehre von der sog. Gesetzesumgehung und des schweiz. ZGB (Diss. Fribourg 1929) 13 ff. und 24 ff.

REYMOND 30 ff.

AMMANN 90 ff.

BERGMAIER 118 ff.

ERZER 96 ff.

HAFFTER 139.

VETSCH 50 ff.

nerlei Weisungen erteilen. Der Kauf, dem die Rückkaufklausel beigesetzt wurde, bleibt ein reiner *Veräußerungsvertrag*.

Der Unterschied zur Sicherungsübereignung liegt darin, daß hier mit der Übereignung das Geschäft nicht beendet ist, sondern weiterhin eine Bindung zwischen den Vertragsparteien besteht.

Der Fiduziar wird zwar Eigentümer des Sicherungsgutes, er soll darüber jedoch nicht frei verfügen dürfen, sondern sich an die Weisungen des Fiduzianten halten. Insbesondere stehen dem Fiduziar Nutzen und Gebrauch der Sache nicht ohne weiteres zu.

Der Kauf widerspricht in seinem ganzen inneren Wesen dem Zweck der Sicherung. Seine Eignung für das Geschäft der Parteien ist nur eine scheinbare, äußerliche. Diese scheinbare Tauglichkeit bringt es mit sich, daß die Kontrahenten meist die Sicherungsübereignung in die Form des Kaufes kleiden. Von allen Wirkungen, die der Kauf mit sich bringt, ist aber letztenendes nur die Eigentumsübertragung gewollt.

Es geht nicht an, das Darlehen einfach als Kaufpreis zu betrachten. Der Mechanismus ist nicht derselbe: Der Kaufpreis ist ein richtiges Äquivalent für die gekaufte Sache, sie entspricht nach der Parteimeinung normalerweise dem Wert der Sache. Ganz anders verhält es sich mit dem Darlehen. Denn zwischen Darlehenshöhe und dem Werte des Sicherungsgegenstandes besteht in der Regel keineswegs eine solche Gleichwertigkeit, im Gegenteil kann eine ganz erhebliche Differenz auftreten. Man stelle sich etwa den Fall vor, der Schuldner habe als einziges Objekt, das als Sicherung des Gläubigers in Frage komme, ein kostbares Bild. Um den nötigen Kredit zu erhalten, wird er sich auch bereit erklären, für einen unverhältnismäßig viel kleineren Wert sein Gemälde zur Sicherung hinzugeben. Umgekehrt kann ohne weiteres der Fall eintreten, daß sich der Darlehensgeber schon mit einem viel geringeren Werte, als seine Forderung darstellt, zur Sicherung begnügt, ganz einfach aus dem Grunde, weil dem Schuldner nicht mehr zur Verfügung steht. Solcherart auftretende Mißverhältnisse zwischen dem Werte von Sicherungs- bzw. Kaufgegenstand und Darlehen (Forderung) bzw. Kaufpreis haben denn auch wiederholt dazu geführt, daß der «Kauf» und damit das ganze Geschäft als simuliert betrachtet wurde²⁸. Zweifellos war aber die Übereignung zum Sicherungszweck ernst gemeint.

In besonderem Maße äußert sich der Unterschied auch, wenn eine *schon bestehende* Forderung durch einen «Kauf» sichergestellt werden

²⁸ BGE 24 II 576; 36 II 1. ZBJV 42 (1906) 614.

soll. Normale Folge eines wirklichen Kaufes wäre die *Verrechnung* des Kaufpreises mit der Forderung, diese würde also untergehen. Das ist aber gerade *nicht* gewollt. Der Sicherungsgegenstand soll ja *neben* die Forderung treten, die Forderung soll nur *gesichert* werden. Das kommt etwa darin zum Ausdruck, daß die Forderung trotz Verrechnungserklärung weiterbesteht²⁹ und der Schuldner fortfährt, Zinsen zu bezahlen.

Überhaupt ist die ganze Atmosphäre des Geschäftes nicht diejenige eines Kaufes: Der Gläubiger hat sehr oft keinerlei Verwendungsmöglichkeit für die übereigneten Gegenstände; was sollte eine Bank mit Pferden³⁰, oder ein Weinhändler mit dem Mobiliar eines Restaurants³¹ beginnen? Die Irrelevanz der Beschaffenheit der Gegenstände macht sich weiter auch bemerkbar, wenn deren Auswechselbarkeit vereinbart wird³² und es einzig darauf ankommt, daß immer Objekte eines *gewissen Wertes* im Eigentum des Gläubigers bleiben. So trifft man etwa die Abrede einer Ersatzpflicht, ganz analog zu einer Nachdeckungspflicht des Pfandschuldners³³. Endlich gehört auch der Verbleib von Nutzen und Gefahr beim Schuldner durchaus zur Physiognomie der Sicherungsübereignung³⁴.

Als Resultat sei deshalb festgehalten, daß sich die Sicherungsübereignung nicht als Kauf konstruieren läßt³⁵. Daran ändert nichts, daß die Parteien ihr Geschäft fast durchwegs so bezeichnen.

²⁹ BGE 19 888; 22 229; 23 1079; 29 II 518; 36 II 1; 41 III 437; ZBJV 39 (1903) 19; BIZR 21 (1922) 78; SJZ 19 (1922/23) 12.

abweichend: Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 am Ende.

³⁰ BGE 72 II 235.

³¹ BGE 42 II 17.

³² BGE 40 II 46; 41 II 437; 72 II 235.

³³ BGE 42 II 18; ZBJV 59 (1923) 34.

³⁴ BGE 42 II 18; 72 II 236; ZBJV 59 (1923) 34; BIZR 46 (1947) 87.

³⁵ *anderer Meinung:* die frühere Praxis des Bundesgerichts.

vgl. statt vieler BGE 19 344; 56 II 447.

vgl. neuerdings aber BGE 72 II 236.

Kommentar BECKER N. 28 zu Art. 18 OR.

VETSCH 51 ff.

Kommentar STAUDINGER N. 81 zu § 433 BGB.

Kommentar WARNEYER N. IV zu § 117 BGB.

Kommentar STAUB/KOENIGE N. 95 zu § 368 HGB und N. 51 ff. vor § 373 HGB.

Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG N. 129 vor § 368 HGB.

gleicher Meinung:

REYMOND 31 ff.

BERGMAIER 122 ff.

MAX EHRENZELLER, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1951) 49 ff.

V. Vergleich mit dem Auftrag

Ein Auftrag liegt nach dem Gesetze (OR Art. 394 I) dann vor, wenn sich eine Partei gegenüber einer anderen verpflichtet, ihr übertragene Geschäfte oder Dienste weisungsgemäß zu besorgen.

Wie viele andere Verträge, enthält zwar auch die Sicherungsübereignung ein Auftragsselement, denn der Fiduziar wird angewiesen, in bestimmter Art und Weise mit dem Sicherungsgegenstand zu verfahren. Lehre und Praxis haben denn auch das interne Verhältnis zwischen Fiduziant und Fiduziar mehr oder minder als Mandat betrachtet³⁶. Aber auch diesem *Bestandteil* fehlt eine wesentliche Eigenschaft des Mandates. Ein Auftrag kann nach dem *zwingenden* Inhalt von OR Art. 404 I von jedem Teile jederzeit widerrufen oder gekündigt werden³⁷. Da der Mandant den Auftrag nach seinem Willen vollziehen lassen kann, soll es ihm auch frei stehen, ihn nach eigenem Ermessen zu beenden. Wenn bei der Verwaltungstreuhand ein Abweichen des Treuhänders von den Weisungen

VON TUHR BÜR III 187.

DÜRINGER a.a.O. 99 ff.

RAAPE a.a.O. 69 ff.

HALLBAUER a.a.O. 635 ff.

Kommentar PLANCK N. 7 zu § 117 BGB.

Kommentar GADOW/HEINICHEN N. 95 zu § 368 HGB, N. 51 vor § 373 HGB.

Kommentar KLANG zu § 424 ABGB (I, 2, 155).

EHRENZWEIG a.a.O. I 2, 210.

Im Kommentar OFTINGER (Systematischer Teil N. 242) wird sowohl die reine, wie die «pro forma» auf Kaufvertrag beruhende Sicherungsübereignung als möglich bezeichnet. Die erstere Form bilde dabei die einfachere und empfehlenswertere: womit wohl auf das aleatorische Moment hingewiesen sein soll, das der Konstruktion der Sicherungsübereignung als Kauf anhaftet.

Ich glaube, man sollte ganz davon absehen, den Kauf als mögliches Kausalgeschäft einer Sicherungsübereignung zu betrachten. Die Verrechnung, die als natürliche Folge eines Kaufes erscheint, wird in keinem Falle wirklich vorgenommen (vgl. vorn 66 N. 29 und hinten 151 N. 21). Dieser Mangel der Kompensation weist – beharrt man auf der Konstruktion als Kauf – auf Simulation des ganzen Geschäftes, während die Übereignung zweifelsohne gewollt ist.

³⁶ vgl. REYMOND 40 ff.

GEORG GAUTSCHI, Fiduziarische Rechtsverhältnisse besonderer Art, in: SJZ 45 (1949) 301 ff. S. 302. und die bei BERGMAIER 70 Zitierten.

³⁷ vgl. BGE 59 II 261.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 1 ff. zu Art. 404 OR.

Kommentar BECKER N. 8 zu Art. 404 OR.

ERNST HODLER, Der Widerruf (Diss. Bern 1909) 105 ff.

des Treugebers meist das Treuhandverhältnis zur Auflösung bringt³⁸, so ist das bei einem Zuwiderhandeln des Fiduziars bei der Sicherungsübereignung keineswegs der Fall. Erst durch Tilgung der Schuld kann der Fiduziant das Eigentum zurückerlangen, nicht aber durch Widerruf oder Kündigung. Das liegt in der Natur des Geschäfts als Sicherungsvertrag.

Völlig außer Betracht fällt vollends eine Konstruktion der *ganzen Erscheinung* des Sicherungsübereignungsvertrages als Auftrag. Zweck des Auftragsverhältnisses ist das Erbringen einer Arbeitsleistung, Zweck unseres Rechtsgeschäftes hingegen Sicherung. Der Sicherungsübereignungsvertrag ist regelmäßig gerichtet auf Eigentumsübertragung, der Auftrag regelmäßig nicht.

Die Normen über den Auftrag werden deshalb der Sachlage bei der Sicherungsübereignung nicht gerecht.

VI. Vergleich mit der Leistung an Erfüllungsstatt (*datio in solutum*) und erfüllungshalber (*datio solutionis causa*)

Von *Leistung an Erfüllungsstatt* spricht man jeweiligen, wenn der Schuldner mit Zustimmung des Gläubigers an Stelle der geschuldeten Leistung eine andere als Erfüllungssurrogat erbringt. Der Gläubiger wird dadurch befriedigt und die Schuld erlischt, unabhängig davon, ob der Sachwert mit der Höhe der Forderung übereinstimmt. Stellt sich eine Wertdifferenz heraus, ist der Schuldner zur Nachzahlung nicht verpflichtet, bzw. der Gläubiger nicht zur Rückgabe eines Überschusses³⁹.

Es mag auf den ersten Blick befremden, daß dieses Institut zum Vergleich herangezogen wird, scheint doch die Interessenlage eine von der Sicherungsübereignung ganz verschiedene zu sein. Indessen besteht zwi-

³⁸ GERSTLE 55.

³⁹ vgl. VON TUHR/SIEGWART II 447 ff.

ALBERT BOSSHARD, Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungsstatt (Diss. Zürich 1926) 56.

WILHELM BERNDORFF, Die Annahme an Erfüllungsstatt (Diss. Berlin 1904) 4 ff.

ANTON WERNER FEHR, Über Hingabe an Erfüllungsstatt (Diss. Leipzig 1902) 3 ff.

PAUL VAN KOOLWYK, Hingabe an Erfüllungsstatt (Diss. Leipzig 1902) 2 ff.

WILHELM QUANDER, Leistung an Erfüllungsstatt (Diss. Rostock 1903) 12 ff.

HANS STEINER, *Datio in solutum* (Habilitationsschrift München 1914).

ENNECERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II Recht der Schuldverhältnisse (13. Bearbeitung Tübingen 1949/50) 250 ff.

und die Kommentare zu Art. 172 OR und § 364/5 BGB.

schen Sicherung und Erfüllung ein naher Zusammenhang. Die Sicherung erhält ihren Sinn nur durch das Vorhandensein der Möglichkeit, daraus Erfüllung zu erlangen. Insofern ist sie eine Vorstufe der Erfüllung⁴⁰, und in einem gewissen Stadium geht der Sicherungszweck in den Erfüllungszweck über⁴¹, dann nämlich, wenn bei Nichttilgung der Forderung aus dem Sicherungsgegenstand Befriedigung erlangt wird. Dieser Zusammenhang brachte es mit sich, daß die Sicherungsübereignung vielfach als eine suspensiv bedingte Hingabe an Zahlungsstatt angesehen wurde⁴². Man ging von der Erwägung aus, der Fiduziar erwerbe Eigentum an der Sache, das der Schuldner nur im Falle der Zahlung zurückverlangen könne. Trete dieser Fall jedoch nicht ein, so bleibe das Eigentum beim Gläubiger, der sich daraus schadlos halten könne⁴³.

Richtig ist, daß der Fiduziar Eigentümer wird und daß er sich bei Nichterfüllung daraus befriedigen könne. Hingegen handelt es sich nicht um eine suspensiv bedingte Hingabe an Zahlungsstatt⁴⁴. Dies aus folgenden Grunde:

Die Parteien wollen eine Forderung *sichern*, d.h. der übereignete Gegenstand soll dazu dienen, den Gläubiger schadlos zu halten, wenn er bei Fälligkeit der Forderung nicht befriedigt wird. Zu diesem Zwecke wurde eine Sache von gewissem Werte dem Gläubiger übergeben. Diese

⁴⁰ wie VON TUHR, BÜR III, 175 sich ausdrückt.

vgl. auch LEO RAAPE, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung (Berlin 1913) 23 ff.

⁴¹ BERGMAIER 51.

⁴² vgl. Kommentar WIELAND N. 9 zu Art. 884 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 11 zu Art. 894 ZGB.

ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil suisse III (2. A. Lausanne/Genf 1922) 242. VETSCH 85.

HAFFTER 149.

J. FRIEDRICH PARAVICIN TÖNDURY, Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Neuenburg 1912) 56.

BRUNO HOOG, Die eigentlichen Treuhandunternehmungen (Diss. Basel 1944 Maschinenschrift) 114.

vgl. auch BGE 38 II 724.

⁴³ so etwa HAFFTER 149.

VETSCH 85.

⁴⁴ vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 244.

REYMOND 25 ff.

BERGMAIER 49 ff.

ERZER 97 ff.

BIZR 21 (1922) 78 ff.

Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG Anm. 133 vor § 368 HGB.

Sache braucht keineswegs dem Wert der Forderung zu entsprechen, und wird es in den seltensten Fällen wirklich tun. Vielmehr kann sich im einen Falle der Gläubiger damit begnügt haben, überhaupt etwas als Sicherung zu erhalten, im anderen Falle kann sich aus der materiellen Lage des Schuldners ergeben haben, daß er nur über Sachen von verhältnismäßig zu hohem Werte verfügte. Erfüllung ist jedoch für die Höhe der Forderung gewollt.

Tritt nun mit der Nichterfüllung die Bedingung ein, unter der die Sache dem Fiduziar an Erfüllungsstatt übergeben wurde, so erlöscht damit die Forderung, völlig unabhängig davon, ob der Gläubiger bis zur Höhe seiner Forderung gedeckt werde, und völlig unabhängig davon, ob damit für den Schuldner ein großer Verlust entsteht. Abgesehen vom Ausnahmefall der Äquivalenz von Sache und Forderung bleibt also eine Seite benachteiligt.

Mangels abweichender Vereinbarung rechtfertigt es sich nun nicht, dem Vertrag etwas zu implizieren, das die eine oder andere Seite normalerweise schädigt. Richtig scheint einzig jener Weg, der keine Partei benachteiligt, nämlich Erlöschen der Forderung bis zur Werthöhe des Sicherungsgegenstandes, bzw. Herausgabe eines Überschusses an den Fiduzianten. Dieses Resultat ist allein auf dem Wege der Verwertung erreichbar. Es ist eben hier mangels ausdrücklicher⁴⁵ anderslautender Parteiabrede auf einen hypothetischen Parteiwillen abzustellen, in dem untersucht werden muß, was vernünftige Leute normalerweise vereinbaren würden. Auf diese Weise gelangt man ohne weiteres zum Resultat, daß mangels anderer Abrede die Sicherungsübereignung nicht im Sinne einer bedingten Leistung an Erfüllungsstatt gemeint sein kann.

Von der Leistung an Erfüllungsstatt scharf zu trennen ist die *Hingabe erfüllungshalber*⁴⁶.

Der Gläubiger erhält hier eine Sache, durch deren Veräußerung er sich

⁴⁵ Es handelt sich hier nur um die Frage, ob die Sicherungsübereignung *an sich* eine bedingte Hingabe an Erfüllungsstatt enthalte, nicht aber um die Frage, ob eine solche vereinbart werden könne. Letztere wird sich aus der Betrachtung eines möglichen Verfallvertrages beantworten (vgl. hinten 82 ff.).

⁴⁶ Die Begriffe werden oft vermengt: Das französische Marginale zu OR Art. 172 spricht zu Unrecht von «*dation en paiement*». Es handelt sich dort um «*prestation faite en vue de paiement*» (zahlungshalber).

Dieselbe Verwechslung bei REYMOND 25.

Vgl. hingegen Semjud 68 (1946) 282 und die Terminologie in ANDREAS VON TUHR, *Partie générale du Code fédéral des Obligations*, übersetzt von MAURICE DE TORRÉNTÉ und EMILE THILO II (Lausanne 1931) § 56, besonders N. 12 S. 417.

für seine Forderung befriedigen soll. Seine Forderung geht zunächst nicht unter und nach erfolgter Verwertung nur in dem Umfange, in welchem er für seine Forderung Befriedigung erlangt. Der Gläubiger muß bei der Verwertung mit der nötigen Sorgfalt vorgehen (OR Art. 172), die Interessen des Schuldners wahren und einen erzielten Überschuß an diesen zurückgeben⁴⁷.

Das entspricht genau der Intressenlage bei der Sicherungsübereignung im Augenblicke, wo der Fiduziant bei Fälligkeit der Schuld nicht erfüllt: Der Fiduziar will sich schadlos halten, die Forderung bis zur restlosen Befriedigung nicht untergehen lassen, und nachher jedenfalls nur bis zur Höhe, in der er entschädigt wurde. Dem Fiduzianten hingegen liegt daran, einen bei der Verwertung eventuell erreichbaren Überschuß zurückzuerhalten. Insofern könnte man ohne weiteres eine durch die Nichtzahlung der Schuld bedingte Hingabe erfüllungshalber dem Inhalt der Sicherungsübereignung zurechnen⁴⁸.

Aber als *allgemeiner Konstruktionsversuch* kommen für die Sicherungsübereignung weder *datio in solutum* noch *datio solutionis causa* in Frage. Beide Figuren beziehen sich nur auf ein mögliches *Erfüllungsstadium* des Sicherungsgeschäftes, könnten also den Vertrag *als Ganzes nicht erfassen*. Darin liegt eben der Unterschied von Sicherung und Erfüllung, der Sicherungszweck geht dem Erfüllungszweck voraus. Der Begriff der Sicherung ist ein weiterer als derjenige der Erfüllung.

Im übrigen findet sich für Leistung erfüllungshalber im Gesetz nur ein einziger Anhaltspunkt. Art. 172 OR bildet zwar eine Grundlage, eine eigentliche Regelung ist aber weder für die Hingabe an Zahlungsstatt noch für die Hingabe zahlungshalber getroffen.

VII. Vergleich mit der Pfandbestellung

Ein Vergleich mit der Pfandbestellung kann sich darauf beschränken, das Recht, das hier wie dort übertragen wird, abzuwägen; der Unterschied wird sofort klar. Beim Pfandrecht bleibt der Schuldner Eigentümer der Sache, bei der Sicherungsübereignung geht das Eigentum auf den Gläubiger über. Die ganze Tragweite des Eigentumüberganges läßt in be-

⁴⁷ vgl. VON TUHR/SIEGWART II 450 ff.

BOSSHARD a.a.O. 11 ff.

Die Hingabe zahlungshalber ist ein fiduziarisches Rechtsgeschäft.

⁴⁸ wie BERGMAIER 51.

grifflicher Hinsicht eine tiefe Zaesur entstehen zwischen Sicherungsübereignung und Pfandbestellung. Das muß man sich vor Augen halten, wenn man die Ähnlichkeit in teleologischer Hinsicht betrachtet. In beiden Fällen handelt es sich um ein Realsicherungsgeschäft, in beiden Fällen soll ein dingliches Recht dem Gläubiger übertragen werden, um ihn bei Insolvenz des Schuldners vor einem Verlust zu bewahren.

Die Sicherungsübereignung unterscheidet sich in begrifflicher Beziehung eindeutig von der Pfandbestellung, sie ist *eine andere Rechtsfigur*. Der Zweck der beiden Geschäfte jedoch ist derselbe.

Ob das «Gleich» oder das «Ungleich» zu betonen ist, muß jeweils dann entschieden werden, wenn über analoge Anwendung von Pfandrechtsnormen zu bestimmen ist.

VIII. Ergebnis

Als Ergebnis kann festgehalten werden, daß die Sicherungsübereignung nicht unter eine der Vertragsarten, die das Gesetz erwähnt oder besonders behandelt, subsumiert werden kann, sondern als Vertrag eigener Art⁴⁹

⁴⁹ Die Lehre sucht weiterhin zu differenzieren. Es werden etwa unterschieden:

1. Verträge, die als gesamte Erscheinung eine Neuschöpfung darstellen. Kein Tatbestandsmerkmal ist in einem typischen Verträge enthalten.
2. Verträge, die sich aus Tatbestandsmerkmalen zusammensetzen, die zum Teil dem Gesetz bekannt sind, zum Teil aber neu geformt.
3. Verträge, deren sämtliche Tatbestandsmerkmale einzelnen Vertragsverhältnissen der Gesetze entnommen sind, die aber ihrerseits wiederum ein ganzes, selbständiges, nicht typisches Gebilde formen. Die in den ersten beiden Gruppen enthaltenen Arten werden dann im allgemeinen als Verträge eigener Art bezeichnet.

Die letzte Gruppe bildet die sog. *gemischten Verträge*.

Die Unterscheidung ist nur insofern von Bedeutung, als man sich darüber Rechenschaft abzulegen hat, in welchem Grade sich das fragliche Rechtsgeschäft von den typischen Vertragsarten unterscheidet. Denn das Ergebnis dieser Analyse entscheidet darüber, inwieweit die Normen des entsprechenden typischen Vertragsverhältnisses herangezogen werden dürfen. Vom Momente aber, wo man das Rechtsgeschäft als einheitliches, selbständiges Gebilde erkennt, dem die Normen *eines* Vertragstypus nicht mehr gerecht werden, ist die grundlegende Unterscheidung getroffen; es handelt sich um einen atypischen Vertrag, für den die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts gelten und die speziellen analog in dem Maße, wie es die Eigenart des Rechtsgeschäfts gestattet. Jede weitere Differenzierung kann nur quantitativer Art sein, sie kann sich nur darüber aussprechen, *wie sehr* der atypische von den gesetzlich vorgesehenen typischen Verträgen abweicht und damit für die Frage der Rechtsanwendung fördernd wirkt. Nie aber wird sie von selbständiger Zweck-erwägung dispensieren.

angesehen werden muß, dessen grundsätzliche Zulässigkeit sich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit ableiten läßt.

IX. Das Problem der Rechtsanwendung

Damit erhebt sich die Frage, nach welchen Gesichtspunkten dieser Vertrag rechtlich zu beurteilen ist.

Eine erste Auskunft erteilt zunächst der Parteiwille. In dieser Hinsicht weicht der unbenannte Vertrag nicht vom benannten ab. Der Unterschied besteht nur darin, daß die Rechtsordnung bei typischen Verträgen in einem gewissen Zeitpunkt fest ausgebildete Normen, die der Absicht der Kontrahenten regelmäßig entsprachen, zum Gesetz erhoben hat und der übliche Parteiwille abstrakt in fester Regel nun zum Ausdruck kommt. Treten dann im konkreten Fall bei einzelnen Verträgen Lücken der Vereinbarung auf, so erfüllt das Gesetz eine ergänzende Funktion.

vgl. aus der Literatur etwa:

KOMMENTAR OSER/SCHÖNENBERGER N. 6 ff. vor Art. 184–238 OR.

KOMMENTAR BECKER N. 3 ff. zu Art. 19 OR.

VON TUHR/SIEGWART I 234.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 235 ff., 271, 314.

ROBERT WEISS, Die Rechtsverhältnisse beim gemischten Vertrag nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Bern 1947).

ROBERT GUGELMANN, Die Rechtsverhältnisse bei Geschäften gemischter Art nach schweizerischem Obligationenrecht (Diss. Bern 1943).

BGE 41 II 105, 63 II 176, 69 II 53.

HEINRICH HOENIGER, Untersuchungen zum Problem der gemischten Verträge I: Die gemischten Verträge in ihren Grundformen (Mannheim/Leipzig 1910).

OTTO SCHREIBER, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht, in: JJB 60 (1912) 106 ff.

VON MEERSCHIEDT-HÜLLESSEM, Gemischte Verträge und Verträge eigener Art, in: DJZ 15 (1910) 854 ff.

JOSEF GERLACH, Beiträge zur Frage der unbenannten Verträge (Diss. Marburg 1935).

FERDINAND REGELSBERGER, Vertrag mit zusammengesetztem Inhalt oder Mehrheit von Verträgen?, in: JJB 48 (1904) 453 ff.

WILHELM MÜLLER, Die gemischte Schenkung, in: JJB 48 (1904) 209 ff.

HEINRICH SIBER, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, in: JJB 70 (1920) 223 ff., insbesondere 258 ff.

ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II: Recht der Schuldverhältnisse (13. A. Tübingen 1949/50) 379 ff. und die dort zitierte weitere Literatur.

HANS CHARMATZ, Zur Geschichte und Konstruktion der Vertragstypen im Schuldrecht mit besonderer Berücksichtigung der gemischten Verträge, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen der Universität Prag H. 11 (Brünn/Prag/Leipzig/Wien 1937).

Bei den unbenannten Verträgen fehlt diese Ergänzungsquelle; an der Methode der Beurteilung ändert das an sich aber nichts, nur daß an Stelle des Gesetzes *Lehre und Praxis* die Regeln auszubilden haben⁵⁰, die dem Parteiwillen gemeinhin entsprechen. Es ist darauf abzustellen, wie vernünftige, rechtschaffene und umsichtige Vertragspartner ihre Abmachung treffen würden; statt eines tatsächlichen ausdrücklichen Parteiwillens muß ein *hypothetischer* maßgebend sein.

Eine Einschränkung ist jedoch zu machen: Die Freiheit in der Beurteilung kann keine unbegrenzte sein. In vielen ganz ähnlich gelagerten Fragen hat bereits das Gesetz eine Abwägung der Interessen vorgenommen und sie zum objektiven Recht erhoben. Ein primäres Erfordernis der Rechtssicherheit ist es dann, auf die gesetzliche Regelung Bezug zu nehmen und die Norm analog zur Anwendung zu bringen⁵¹.

Ob jedoch die Ausdehnung einer Gesetzesbestimmung stattfinden soll, ist keine logische, sondern eine wertende Operation. Entscheidend ist, ob die sinngemäße Anwendung *gerecht* erscheint. Trifft der *Grundgedanke* der gesetzlichen Regelung auch für den nicht geregelten Tatbestand zu, so ist die Voraussetzung für eine analoge Rechtsanwendung erfüllt. Es steht dann auch nicht mehr frei, über die Zweckmäßigkeit oder Unzweckmäßigkeit dieser Norm zu befinden⁵².

Daß daneben die Bestimmungen des allgemeinen Teils des Obligationenrechtes gelten, liegt auf der Hand, sie beziehen sich auf Verträge *überhaupt*⁵³.

⁵⁰ KARL OFTINGER, Der Trödelvertrag (Habilitationsschrift Zürich 1937) 7 ff.

⁵¹ vgl. dazu Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 254 und die dort Zitierten.

⁵² vgl. zur Frage der Analogie:

BGE 73 II 231, 75 II 121.

WALTHER BURCKHARDT, Methode und System des Rechts (Zürich 1936) 266.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber (Habilitationsschrift Zürich 1951) 169 ff.

HANS-PETER FRIEDRICH, Die Analogie als Mittel der richterlichen Rechtsfindung, in: ZSR 71 (1952) 439 ff.

⁵³ vgl. Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 vor Art. 184–551 OR.

VON TUHR/SIEGWART I 234.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 233.

§ 5. Zulässigkeit

I. Die Frage des Verstoßes gegen die Schranken der Vertragsfreiheit

A. Allgemeines

Die Vertragsfreiheit, die im Obligationenrecht herrscht, ist keine unbegrenzte, sie gilt nur «innerhalb der Schranken des Gesetzes» (OR Art. 19 II). Diese Schmälerung der Vertragsfreiheit findet ihre Motivierung einerseits im Schutz der *Gemeinschaft* («öffentliche Ordnung» OR Art. 19 II), andererseits im Schutz der *Persönlichkeit* vor Mißbrauch der *eigenen* Freiheit (ZGB Art. 27; OR Art. 19 II)¹.

Die Zulässigkeit eines Vertrages ist deshalb erst dann erwiesen, wenn keine Überschreitung dieser Schranken in der einen oder anderen Richtung möglich scheint.

B. Die Schranke der öffentlichen Ordnung

Während das Obligationenrecht eine verhältnismäßig geringe Zahl zwingender Vorschriften enthält, liegt es in der Natur des Sachenrechts, daß dort die Normen zwingender Natur eine bedeutende Rolle spielen. Das ergibt sich aus der absoluten Wirkung des dinglichen Rechts, das, im Gegensatz zum persönlichen, jedermann gegenüber gilt. Dieses öffentliche Interesse am Inhalt des dinglichen Rechts bringt es auch mit sich, daß die Vorschriften des Sachenrechts in der Regel nicht auf Grund der Sittlichkeit oder des Persönlichkeitsrechts zu unabänderlichen gestempelt werden, sondern weil die Allgemeinheit an ihrer Existenz ein wesentliches Interesse hat. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung vorliegt, ist deshalb identisch mit der Abwägung der Interessen Einzelner, gegenüber den Interessen der Allgemeinheit².

¹ KARL OFTINGER, Die Vertragsfreiheit, in: Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung (Zürich 1948) 315 ff. S. 319.

² Kommentar BECKER N. 24 zu Art. 19 OR.

WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944) 31 ff.

AUGUST EGGER, Über die Rechtsethik des Schweizerischen Zivilgesetzbuches 104 ff.

JAKOB SCHAFFNER, Die Grenzen der Vertragsfreiheit und Treu und Glauben in den Beschlüssen der Generalversammlung (Diss. Zürich 1940) 4.

FELIX WIGET, Der zivilrechtliche Begriff der öffentlichen Ordnung (Diss. Zürich 1939) 12 ff. und die dort zitierte Literatur.

Auch in unserem Falle stehen sich zwei wesentliche Interessen gegenüber, das Bedürfnis des Einzelnen, über seine Vermögensverhältnisse möglichst im stillen verfügen zu können, und die Forderung der Allgemeinheit, über die finanzielle Lage des einzelnen Privaten Aufschluß zu erhalten und über seine Kreditwürdigkeit im klaren zu sein. Es handelt sich um das Problem der Publizität, das im ganzen Sachenrecht eine wesentliche Rolle spielt.

Das Zivilgesetzbuch hat das Publizitätsprinzip streng durchgeführt, den Interessenkonflikt also zu Gunsten der Öffentlichkeit entschieden. Es knüpft dabei an zwei augenfällige Formen an, die für jedermann erkennbar sind, im Mobiliarsachenrecht an den Besitz³, im Immobiliarsachenrecht an den Eintrag im Grundbuch.

Auch auf dem Gebiete des Pfandrechts kommt das Publizitätsprinzip zur Geltung. Während bei der Verpfändung von Grundstücken der Eintrag im Grundbuch der Öffentlichkeit die Lage genügend kund tut, weil es bei Grundstücken, die immer am gleichen Ort weilen, leicht ist, sich über die Verhältnisse zu orientieren, darf bei der Verpfändung von Fahrnis der Verpfänder nicht mehr im Besitz der Sache bleiben. Das Pfandrecht wird erst durch die Übergabe der Sache an den Gläubiger begründet (ZGB Art. 884).

Dasselbe Prinzip gilt auch für die Sicherungsübereignung, die immer dann Dritten gegenüber nicht geltend gemacht werden kann, wenn die Sache beim Veräußerer bleibt (ZGB Art. 717).

Daß das Gesetz eine Sicherungsübereignung *mit* Besitzkonstitut *expressis verbis* ausschließt, bestätigt im Umkehrschluß die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung mit Besitzübergabe⁴.

Wenn vor Inkrafttreten des ZGB die Frage eines Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung eine gewisse Aktualität besaß, weil die bundesgerichtliche Praxis die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut zuließ, obgleich damit der Erfolg der damals schon verbotenen Mobiliarhypothek erreicht wurde, so ist heute durch die klare Stellungnahme des Gesetzes der Interessenkonflikt zu Gunsten der Verkehrssicherheit entschieden;

³ Das Prinzip wird allerdings durchbrochen bei der Viehverpfändung (Art. 885 ZGB) und beim Eigentumsvorbehalt (Art. 715 ZGB), wo spezielle Register den Besitz ersetzen.

⁴ im gleichen Sinne: Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 246. Kommentar LEEMANN N. 24 zu Art. 717 ZGB. HAFTER 137. BERGMAIER 90.

die Heimlichkeit, die dem Geschäfte ursprünglich anhaftete, ist beseitigt. Es erübrigt sich deshalb auch eine weitere Betrachtung über einen möglichen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung: das Gesetz hat die scheidende Linie schon gezogen.

C. Die Schranke des Persönlichkeitsrechts

Jede Verpflichtung beschränkt in gewissem Sinne die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit. Sie kann jedoch so rigoros sein, daß das Recht der Persönlichkeit verletzt wird. Das ist der Fall, wenn die Beschränkung zum Exzeß führt, wenn es sich um eine Verpflichtung handelt, die durch ihre Art und ihren Umfang die Grundpfeiler der wirtschaftlichen Existenz des Verpflichteten in Frage stellt⁵.

Bei der Sicherungsübereignung kann eine Verletzung der wirtschaftlichen Integrität insofern aktuell werden, als eine Eigentumsübertragung mit Besitzkonstitut nur *Dritten gegenüber* nicht geltend gemacht werden kann, während sie *inter partes* vollauf wirksam ist (ZGB Art. 717). Das Erfordernis der Übergabe der Gegenstände fällt dann jeweils weg, damit aber auch die natürliche Schranke, die den Schuldner beim Pfandrecht daran hindert, mehr zur Sicherstellung fortzugeben, als er für Leben und Beruf unumgänglich braucht. So kann der Schuldner, in optimistischer Beurteilung seiner Lage, etwa einwilligen, seine *gesamte Habe* an den Gläubiger zu veräußern.

Darin liegt eine unzulässige Bindung, eine Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz überhaupt: man spricht von Knebelungsverträgen. Abmachungen, die solcherart den Schuldner seiner Bewegungsfreiheit berauben, sind ganz oder teilweise⁶ nichtig.

⁵ vgl. BGE 27 II 120; 40 II 240; 50 II 486; 51 II 168, 222, 440; 53 II 329; 69 II 290; 75 III 114.

Kommentar EGGER N. 35 zu Art. 27 ZGB.

Kommentar BECKER N. 57 ff. zu Art. 19 OR.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 13 zu Art. 19 OR.

VON TUHR/SIEGWART I 243.

OFTINGER, Vertragsfreiheit a.a.O. 319 und 324 ff.

FRITZ KÜNZLER, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB (Diss. Zürich 1951) 124 ff.

EDWIN SCHWEINGRUBER, Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei (Diss. Bern 1930) 117 ff.

SCHAFFNER a.a.O. 6 ff.

⁶ OR Art. 20 II.

vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 247.

VON TUHR/SIEGWART 243 ff.

Von großer praktischer Bedeutung ist die Frage allerdings nicht. Ist der Sicherungsgeber, der im Besitz der Sache blieb, schon in eine finanziell derart bedenkliche Lage geraten, werden meistens noch andere Gläubiger auftreten, so daß das Geschäft bereits auf Grund von ZGB Art. 717 ungültig ist⁷.

II. Die Frage der Gesetzesumgehung, insbesondere das Verbot des Verfallvertrages

A. Allgemeines und Fragestellung

Von Gesetzesumgehung spricht man immer, wenn das Ergebnis, das ein von Gesetzes wegen unzulässiger Vertrag erreichen könnte, durch einen anderen, an sich zulässigen Vertrag erreicht wird⁸. Ob ein so geariteter Vertrag gültig ist, bestimmt sich nach dem Inhalt der umgangenen Norm. Ergibt ihre Auslegung, daß die *ratio legis* auf das Verbot eines *bestimmten Ergebnisses* hinzielt, wird der Rechtssatz per analogiam auf jeden anderen Vertrag auszudehnen sein, der dasselbe Ziel auf anderem Weg erreicht. Wird durch den Norminhalt jedoch nur ein bestimmtes *Verfahren* verpönt, so ist jedes andere Vorgehen, welches dasselbe Resultat erwirkt, notwendigerweise legitim⁹.

Mit dem Thema der Gesetzesumgehung war die Sicherungsübereignung seit jeher aufs engste verbunden. Die Frage stellt sich zweifach, wobei allerdings nur die eine Seite des Problems Aktualität besitzt, während die andere höchstens rechtshistorisch interessiert. Einmal war die Frage, wie schon erwähnt¹⁰, so lange von Bedeutung, als die Sicherungsübereignung

⁷ vgl. die Tatbestände von ZBJV 59 (1923) 34 und ZBJV 72 (1936) 653; ferner: Amtsbericht des Obergerichtes von Schaffhausen 1951 (Schaffhausen 1952) 56 ff.

⁸ vgl. VON TUHR/SIEGWART I 238.

⁹ vgl. aus der Literatur zur Gesetzesumgehung etwa:

KOMMENTAR OSER/SCHÖNENBERGER N. 26 zu Art. 20 ZGB.

VON TUHR/SIEGWART I 238 ff.

JAKOB VETSCH, Die Umgehung des Gesetzes (Diss. Zürich 1917).

KARL HELBLING, Die Lehre von der sog. Gesetzesumgehung und des schweiz. ZGB (Diss. Fribourg 1929).

DENIS MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Zürich 1941).

ALFRED SIEGWART, Die zweckwidrige Verwendung von Rechtsinstituten (Rektoratsrede Fribourg 1936).

¹⁰ vgl. vorn 45 ff.

mit Besitzkonstitut von der Gerichtspraxis für zulässig erachtet wurde. Auf diese Weise wurde ja genau derselbe Erfolg erzielt, wie ihn das Verbot der Mobiliarhypothek vermeiden wollte, und wenn jeweilen das Faustpfandprinzip den Parteien unbequem war, wählten sie kurzerhand eine Sicherungsübereignung. In Deutschland herrscht diese Übung heute noch, für die Schweiz hat ZGB Art. 717 die Frage völlig ausgeschaltet¹¹.

In einer anderen Hinsicht hat das Gesetz jedoch nicht direkt Stellung bezogen.

ZGB Art. 894 erklärt beim Pfandvertrag jede Abrede für ungültig, die darauf abzielt, die Pfandsache dem Gläubiger dann als Eigentum zufallen zu lassen, wenn er für seine Forderung nicht befriedigt wird. Man bezeichnet eine derartige Vereinbarung als Verfallvertrag oder *lex commissoria*¹².

So alt wie das Institut der Sicherungsübereignung selbst, ist nun auch die Kontroverse, ob man durch eine Sicherungsübereignung dieses Verbot des Verfallvertrages *umgehe*, oder zum mindesten *umgehen könnte*¹³.

¹¹ vgl. des weiteren hinten 107 ff.

¹² vgl. zum Ursprung der *lex commissoria* im römischen Recht:

JOHANN JAKOB BACHOFEN, Das römische Pfandrecht I (Basel 1847) 617 ff. und
HEINRICH DERNBURG, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen
Rechts II (Leipzig 1864) 273 ff.

¹³ Der Verfallvertrag wird zugelassen von:

BGE 56 II 449 ff.

Kommentar WIELAND N. zu Art. 894 ZGB, N. 9 zu Art. 884 ZGB.

ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil suisse (Lausanne/Genève 1922) III 241 ff.

PIERRE AEBY, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in: ZSR 31 (1912)
149 ff. S. 185 ff.

OFTINGER 78 (vgl. jedoch Kommentar OFTINGER, N. 20 ff. zu Art. 894 ZGB)

ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Einleitung, Allgemeiner Teil (13. A. Marburg 1931) 457 ff.

MARTIN WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III, Das Sachenrecht (9. A. Marburg 1932) 620.

Kommentar STAUDINGER N. 7 zu § 1229 BGB.

Kommentar PLANCK N. 4 zu § 1229 BGB.

Kommentar WARNEYER zu § 1229 BGB.

SCHACK im Kommentar von Reichsgerichtsräten N. 6c Absatz 3 zu § 930 BGB (vgl. hingegen N. 1 zu § 1229).

Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG N. 133 vor § 368 HGB.

WILHELM GADOW im Kommentar von Reichsgerichtsräten N. 99a zu § 368 HGB.

ADELBERT DÜRINGER, Zur Lehre vom Sicherungskauf, in: LZ 2 (1908) 97 ff. S. 104.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches III (Berlin/Leipzig 1888)
N. 5 zu § 1167 BGB S. 821.

Die Frage stellt sich in doppelter Hinsicht. Zunächst handelt es sich darum festzustellen, ob es das *Wesen* der Sicherungsübereignung mit sich bringe, daß bei Nichterfüllung der Fiduziar einfach Eigentümer der Sache bleibe, ohne sie verwerten zu müssen und einen eventuellen Überschuß an den Fiduzianten auszuliefern. Das ist die Frage nach der begrifflichen Immanenz der *lex commissoria* (B).

Ist diese erste Frage zu verneinen, muß weiter untersucht werden, ob

RGE 83 (1914) 53.

Urteil des OLG Düsseldorf vom 15. Oktober 1908, in: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (Leipzig) 20 (1910) 169.

Die Gültigkeit eines Verfallvertrages wird für die Sicherungsübereignung abgelehnt von:

Kommentar OFTINGER, N. 20 ff. zu Art. 894 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 11 zu Art. 894 ZGB.

ERZER 97 ff.

AMMANN 43.

VETSCH 82 ff.

REYMOND 45 ff.

HAFFTER 151 ff.

NEGIB GIHA, *Le pacte commissaire* (thèse Genève 1947) 147 ff.

HEINZ REICHWEIN, Sicherungsübereignung und Faustpfand im schweizerischen Recht, in: SJZ 46 (1950) 323.

FRITZ HEIZMANN-HAUSER, Der Buchdiskont, in: ZBJV 67 (1931) 97 ff. S. 100.

DENIS MADAY, Die sogenannte Gesetzesumgehung, insbesondere im Schweizerischen Obligationenrecht (Diss. Bern 1941) 112.

BERGMAIER 137 ff.

VON TUHR/SIEGWART OR II 787 N. 85 in entsprechender Weise für die Sicherungs-zession.

Urteil des Einzelrichters Bern, in: ZBJV 52 (1916/17) 326 ff.

LEO RAAPE, Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung (Berlin 1913) 50 ff.

SCHACK im Kommentar von Reichsgerichtsräten N. 1 zu § 1229 BGB.

Kommentar STAUB/KOENIGE N. 99a zu § 368 HGB.

Kommentar KLANG N. 3 zu § 424 ABGB.

ARMIN EHRENZWEIG, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I, 2 (Wien 1923) 210 N. 21.

VON TUHR, BüR III, 194.

KONRAD HELLWIG, Über die Zulässigkeit der Eigentumsübertragung zur Sicherung von Forderungen, in: Arch. f. civ. Pra. 64 (1881) 369 ff. S. 380.

MAX HALLBAUER, Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung, in: Das Recht 9 (1905) 632 ff. S. 635.

HEINRICH LEHMANN/LANGE, Die Verfallklausel bei Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung, in: Deutsches Recht 9 (1939) 851 ff.

die Verfallabrede von den Kontrahenten in gültiger Weise getroffen werden könne (C) ¹⁴.

B. Ist die *lex commissoria* der Sicherungsübereignung immanent?

Wenn man davon ausgeht, daß Verfall einfach im Eigentumsübergang bestehe, so fällt die Frage in sich zusammen, denn das Resultat ist bei der Sicherungsübereignung a priori schon erreicht.

Indessen zeigt die nähere Betrachtung der *Gesamtheit* des Sicherungsübereignungsvertrages einen anderen Gesichtspunkt.

Von einer Übereignung zum Zwecke der Erfüllung unterscheidet sich die Sicherungsübereignung dadurch, daß nicht einfach eine Übereignung stattfindet und damit das Geschäft beendet ist. Vielmehr enthält der gewählte Vertrag eine Reihe von Abreden, die die Parteien weiterhin binden und die das Geschäft für den Sicherungszweck geeignet machen. Auch auf den Inhalt dieser Vereinbarungen muß deshalb abgestellt werden, wenn zu beurteilen ist, ob die Sache bei Nichterfüllung des Schuldners definitiv und ohne jede Abrechnung beim Gläubiger bleiben solle. Wenn man nach dem Begriff eines «Vertrages» fragt, so kann darunter gar nichts anderes verstanden werden, als die *Gesamtheit der Willensäußerungen jeweiliger Kontrahenten*. Weiterhin muß der Sicherungsübereignungsvertrag *als Ganzes* betrachtet werden, die Übereignung darf man nicht einfach isolieren und allein beurteilen.

Nun besteht für diesen ersten Teil der Frage nach der Gesetzesumgehung aber gerade *keine ausdrückliche* Vereinbarung der Parteien, es ist ja zu untersuchen, ob die Verfallwirkung der Sicherungsübereignung *an sich schon* immanent sei. Hier gilt es also, auf einen *hypothetischen* Willen abzustellen; es ist zu erforschen, was die Parteien vernünftigerweise *hätten wollen müssen*.

Es ergab sich schon aus dem Vergleich der Sicherungsübereignung mit der Hingabe an Zahlungsstatt¹⁵, daß der definitive Verbleib der Sache tale quale nicht von vornherein den Interessen des Gläubigers dient, denn damit geht zugleich die Forderung unter und dem Gläubiger bleibt nur die Sache zur Befriedigung. Er wird also immer dann geschädigt, wenn der Sachwert kleiner war als der Forderungswert. Liegt das Verhältnis umgekehrt und ist der Forderungswert kleiner als der Sachwert, so geht der Schaden zu Lasten des Schuldners.

¹⁴ Diese beiden Fragen werden im BGE 56 II 449 nicht auseinandergehalten.

¹⁵ vgl. vorn 68 ff.

Es rechtfertigt sich deshalb nicht, mangels Parteivereinbarung in bezug auf die Verwertung eine Lösung anzunehmen, die, abgesehen vom seltenen Fall der Äquivalenz, immer eine der Vertragsparteien schädigt. Vielmehr ist derjenige Weg einzuschlagen, der keine Seite bevorzugt oder schädigt und nur dem Sicherungszweck dient, der Weg der Sachverwertung. Kommt der Gläubiger mit dem Erlös zu kurz, kann er für den Restbetrag auf Grund seiner Forderung gegen den Schuldner vorgehen, erzielt er einen Überschuß, so gibt er ihn an den Schuldner heraus.

C. Kann die *lex commissoria* gültig vereinbart werden?

Ist das Resultat des Verfalles *implicit*e abzulehnen, fragt sich weiterhin, ob eine Verfallwirkung *explicit*e, durch Parteivereinbarung möglich wäre.

a. Problem und Methode

Es liegt nahe, das Verbot des Verfallvertrages beim Pfandrecht mit der Sicherungsübereignung nicht in Beziehung zu bringen, denn hier wird der Gläubiger ja nicht wie beim Pfandrecht nur beschränkt dinglich berechtigt, sondern er ist vollberechtigt, ist schon Eigentümer¹⁶.

Ebenso nahe liegt es auch anzunehmen, daß diese Sachlage dem Gesetzgeber bekannt gewesen sein mußte, daß er also, wie er es in Art. 717 für eine Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut getan hat, ausdrücklich auch eine Regelung für den Fall der Nichtbefriedigung des Fiduziars hätte treffen müssen, wenn er das Resultat hätte vermeiden wollen.

Da er sich dazu nicht entschlossen hat, könnte man, in derselben Weise wie man bei ZGB Art. 717 im Umkehrschluß auf die grundsätzliche Zulässigkeit der Sicherungsübereignung gelangen kann, wiederum durch denselben Umkehrschluß zum Ergebnis kommen, das Gesetz billige dieses Resultat.

Indessen ist die Lage in diesem zweiten Falle wesentlich anders.

Man darf sich durch den Wortlaut des Gesetzes nicht beirren lassen, der in ZGB Art. 894 vom *Zufallen des Eigentums* spricht. Beim Pfandrecht ist dies allerdings sinnvoll, denn bis zum Eintritt der Verfallklausel ist der Pfandgläubiger nur beschränkt dinglich berechtigt, während er bei Eintritt der Verfallklausel zum Eigentümer wird. Der Wortlaut ist deshalb geeignet, die Wirkung zu bezeichnen, die vermieden werden will. Nun fragt sich aber, ob das Ergebnis des Verfalles *logisch* mit dem Eigentums-

¹⁶ vgl. AEBY a.a.O. 185.

OFTINGER 78.

übergang verbunden ist oder ob er dies nur *genetisch* ist. Ist ersteres der Fall, so kann das Verbot der Verfallklausel nicht für die Sicherungsübereignung angewandt werden, denn wie wir wissen, unterscheidet sich dieser Vertrag vom Pfand gerade dadurch, daß hier das Eigentum, dort jedoch nur ein beschränktes dingliches Recht auf den Gläubiger übergeht. Anders liegt der Fall, wenn der Eigentumsübergang nur *eine Möglichkeit* wäre, das verbotene Ergebnis zu erreichen. Mit anderen Worten: Ist das Verbot mit dem Zweck des Pfandrechts verbunden und geht es nicht aus der juristischen Konstruktion des Pfandrechts hervor, so hat es auch für die Sicherungsübereignung zu gelten. Das ergibt sich aus unserem Vergleich der beiden Institute, sie differieren in logischer, decken sich aber in teleologischer Hinsicht.

b. Analyse des Verfallvertragverbotes

Das Verbot der *lex commissoria* steht in direktem Zusammenhang mit den Vorschriften über die Pfandverwertung (SchKG Art. 41 und 151 ff.), die der Gesetzgeber im Interesse und zum Schutze des Schuldners aufgestellt hat. Zwar handelt es sich dabei um dispositives Recht, in dem Sinne, als die Parteien auch den freihändigen Kauf vereinbaren können¹⁷; dispositiv aber nicht im dem Sinne, als *jede* Parteivereinbarung gültig wäre. Daß verkauft werden *muß*¹⁸, geht schon aus ZGB Art. 891 I hervor, und ZGB Art. 894¹⁹ schließt das Gegenteil noch *expressis verbis* aus. Das Verbot soll die Beziehungen von Kreditsuchenden zu Kreditgebern rein halten von Elementen, die dem Gläubiger ermöglichen, eine vielleicht nur momentane Verlegenheit des Schuldners zur Erlangung großer Vorteile zu benützen²⁰. Die erste Sorge des Schuldners ist ja zunächst die Krediterlangung, und darüber wird er die Folgen leicht unterschätzen, die harte Bedingungen des Gläubigers für ihn mit sich bringen. Er verläßt sich vorerst darauf, daß er im Zeitpunkt der Fälligkeit wohl eine Lösung finden werde.

Erst im Moment der Fälligkeit der Schuld, so ist die Überlegung,

¹⁷ vgl. Kommentar OFTINGER, N. 48 ff. zu Art. 891 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 14 ff. vor Art. 884 ZGB.

Kommentar JAEGER N. 2 zu Art. 41 SchKG und N. 2 zu Art. 151 SchKG.

HAFFTER 81 ff.

¹⁸ Eine Ausnahme bildet die Verfallsvereinbarung nach Fälligkeit.

¹⁹ Art. 816 II ZGB für das Grundpfand.

²⁰ Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches III (Berlin/Leipzig 1888) 680.

überblickt der Schuldner seine Lage klar und deutlich und erst dann soll darüber bestimmt werden können, was mit der hingegebenen Sache geschehen soll. Jetzt steht es dem Schuldner frei, die Sache dem Gläubiger ganz zu überlassen²¹. Er wird sich dazu nur entschließen, wenn sich Forderung und Sachwert annähernd gleich sind²².

Mit der *Konstruktion* des Pfandrechts, als beschränktem dinglichem Recht, im Gegensatz zum Vollrecht des Fiduziars bei der Sicherungsübereignung, hat das Verbot der Verfallklausel weiter nichts zu tun. Von Eigentumsübergang spricht das Gesetz nur, weil die Verabredung des Eigentumsüberganges beim Pfandrecht entscheidend ist, ob jene Wirkung erzeugt werde, die verboten werden soll. Bei der Sicherungsübereignung ist nun nicht der *Eigentumsübergang* maßgebend, denn das Eigentum bleibt noch obligatorisch gebunden, sondern die Verabredung, daß bei Nichterfüllung das Eigentum beim Fiduziar *bleibe*.

Die ratio legis von ZGB Art. 894 trifft die Sicherungsübereignung voll auf zu. Es geht meines Erachtens keinesfalls an, von einer analogen Anwendung dieser Norm abzusehen.

c. Unzulässigkeit des Umkehrschlusses aus ZGB Art. 717

Wenn das Gesetz in Art. 717 ZGB eine Sicherungsübereignung im Besitzkonstitut in ihren Wirkungen auf die Parteien beschränkt, das Verbot des Verfallvertrages jedoch nicht ausdrücklich auf die Sicherungsübereignung ausdehnt, so darf daraus noch nicht auf die Zulässigkeit einer

²¹ Kommentar LEEMANN N. 7 zu Art. 894 ZGB.

Kommentar WIELAND zu Art. 894 ZGB.

ROSSEL/MENTHA, Manuel du droit civil suisse III (2. A. Lausanne/Genf 1922) 242. HAFETER 87.

ALFRED BÖCKLI, Das Recht des Pfandgläubigers zum Selbsteintritt bei der Pfandverwertung, in: SJZ 20 (1923/24) 301 ff. S. 302.

BGE 41 III 451.

BIZR 27 (1928) 329.

Immerhin steht unter Umständen die paulianische Anfechtung nach Art. 287 Ziff. 2 SchKG zur Verfügung.

²² vgl. die Motive zum BGB a.a.O. 680 und 820 ff. und im Anschluß daran Kommentar LEEMANN N. 1 ff zu Art. 894 ZGB.

VETSCH 84 ff.

BERGMAIER 140 ff.

RAAPE a.a.O. 28 ff.

Ferner Kommentar WIELAND N. 3 zu Art. 816 ZGB.

HAFETER 85.

Verfallabrede geschlossen werden²³. Das ergibt sich zunächst aus der Vorgeschichte des ZGB. Der Gesetzgeber wollte das fiduziarische Rechtsgeschäft im allgemeinen und die Sicherungsübereignung im besonderen *grundsätzlich nicht regeln*. Wenn es in bezug auf letztere in Art. 717 ZGB eine einzelne Bestimmung aufstellte, so deshalb, weil man der Praxis des Bundesgerichtes, die das Konstitut bei der Sicherungsübereignung im Anschluß an die deutsche Gerichtspraxis zuließ²⁴, ein Ende setzen wollte. Welche Wirkungen die Fortführung dieser Praxis hätte mit sich bringen können, zeigt die nichterlöschende Diskussion, die das Problem in Deutschland heraufbeschwört.

Die Frage der Umgebung des Verbotes der Mobiliarhypothek war von eminent viel größerer Bedeutung, als diejenige nach der Umgehung des Verbotes der Verfallklausel.

Weiterhin hat sich ja gezeigt²⁵, daß die allgemeinen Regeln der Rechtswendung für Verträge eigener Art eine durchaus gültige Handhabe dafür abgeben, das Verbot beim Pfandrecht per analogiam auf die Sicherungsübereignung auszudehnen.

d. Vergleich der Ausgangssituation bei Sicherungsübereignung und Pfandbestellung

Das Gegenteil²⁶ läßt sich nicht damit belegen, die Sachlage sei bei der Sicherungsübereignung eine vom Pfandvertrag wesentlich verschiedene, weil sich der Fiduziant, indem er dem Gläubiger sogleich das Vollrecht

²³ wie das Bundesgericht vorgeht vgl. BGE 56 II 451.

²⁴ vgl. vorn 45 ff.

²⁵ vgl. vorn 74 und 84.

²⁶ BGE 56 II 450. Das Bundesgericht nimmt in der Folge auch Bezug auf die Wuchregel von OR 21 als Mittel zur Bekämpfung von Auswüchsen, die sich aus der Bejahung der Verfallklausel bei der Sicherungsübereignung ergeben können. Die strengen Voraussetzungen in subjektiver und objektiver Hinsicht, die dieser Bestimmung innewohnen, sind jedoch nicht geeignet, 21 OR zu einem wirkungsvollen Instrument zu machen. Meistens würde auch die einjährige Verjährungsfrist, von Abschluß des Vertrages an gerechnet, verwirkt sein, wenn dem Schuldner seine mißliche Lage zum Bewußtsein kommt. Wären trotzdem alle Voraussetzungen der Wuchereinrede erfüllt, so würde dem Fiduzianten immer noch nicht geholfen, denn die Verfallabrede wird nicht einfach ungültig, sondern der Schuldner ist gezwungen vom Vertrag zurückzutreten, verliert damit also auch seinen Kredit.

gl. M. REYMOND 47.

GIHA a.a.O. 149.

BERGMAIER 143 ff.

ERZER 104 ff.

einräume, des Ernstes der Lage besser bewußt sei, als der Pfandschuldner. Das Entscheidende ist hier wie dort nicht die Anfangssituation, sondern die Lage bei Fälligkeit der Schuld, wo es sich zeigt, ob der Schuldner zahlen kann oder nicht; und dieser Moment liegt für beide in gleich großer Entfernung. Der Fiduziant hofft in derselben Weise, er werde den Sicherungsgegenstand zurückerlangen, wie es der Pfandschuldner tut.

e. *Das Verbot gilt schlechthin*

Es besteht kein Grund, von diesem Prinzip abzuweichen, wenn sich Sachwert und Höhe der Forderung entsprechen²⁷. Es käme nur zu unnötigen Streitigkeiten über die Angemessenheit der beiden Werte²⁸. Im übrigen steht es den Parteien immer noch frei, *nach* Fälligkeit der Schuld die Sache dem Gläubiger verfallen zu lassen.

D. Zusammenfassung

Ziel dieser Betrachtungen war festzustellen, ob sich mit der Sicherungsübereignung eine Umgehung des Verbotes des Verfallvertrages verwirkliche oder doch verwirklichen lasse.

Als Ergebnis sei festgehalten, daß die Sicherungsübereignung *implicite* keinen Verfallvertrag enthält. *Vereinbaren* die Parteien eine Verfallklausel, muß auf sie das Verbot von ZGB Art. 894 zur Anwendung kommen, denn es fundiert auf der wirtschaftlichen Situation des Schuldners, die bei Pfandbestellung und Sicherungsübereignung dieselbe ist. Deshalb rechtfertigt sich die Analogie: eine Abrede des Verfalls ist nichtig. Ob der ganze Vertrag nichtig ist, bestimmt sich nach OR Art. 20 II.

Das Problem der Gesetzesumgehung stellt sich deshalb gar nicht in unserem Zusammenhange. Dies wäre nur der Fall, wenn die Verfallwirkung der Sicherungsübereignung begrifflich innewohnen würde, dann wäre meines Erachtens das ganze Geschäft von vornherein ungültig²⁹.

²⁷ anderer Meinung Kommentar LEEMANN N. 11 zu Art. 894 ZGB.

HAFFTER 153.

ERZER 110.

VETSCH 87.

²⁸ vgl. HAFFTER 85.

insbesondere RAAPE a.a.O. 28 ff.

²⁹ vgl. auch KARL OFTINGER, Über die Frage der Wünschbarkeit einer besonderen Regelung des Pfandrechts an Luftfahrzeugen, in: Archiv für Luftrecht 8 (1938) 113 ff. S. 133.

3. Kapitel:

Von der Sicherheitsleistung und dem fiduziarischen Eigentum

§ 6. Von der Sicherungsleistung

«Es ist die ‚obligatio‘, die sich stets Sorgen macht, ob sie auch zu ihrem Recht kommt. Die einzigen, die es verstehen, sie auf andere Gedanken zu bringen, sind die Bürgschaft und das Pfandrecht; in ihrer Gesellschaft fühlt sie sich stets gut aufgelegt.»

RUDOLF VON JHERING, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz (11. A. Leipzig 1912) 279.

Per nomen et definitionem handelt es sich bei der Sicherungsüber-eignung um ein Sicherungsgeschäft. Welche Bewandtnis es damit hat, ist im weiteren zu untersuchen.

I. Begriff der Sicherheitsleistung

Unter Sicherheitsleistung ist eine *Zuwendung* zu verstehen, die zu dem Zweck erfolgt, dem Gläubiger die Gewißheit zu verschaffen, daß er die ihm von Schuldner gebührende Leistung erhalten werde, in dem Sinne nämlich, daß das zugewandte Recht nicht kumulativ zur bestehenden Forderung hinzukommt, vielmehr *neben* diese tritt, um dem Gläubiger im Falle der Nichterfüllung der Schuldnerverpflichtung Befriedigung zu gewähren, oder aber im Falle der Erfüllung an den Schuldner zurück-zugehen¹.

II. Die Frage der Bereicherung

Genus proximum ist die Zuwendung, eine Handlung also, durch welche jemand einem anderen einen Vermögensvorteil verschafft². Die Sicher-heitsleistung fällt darunter, weil der Gläubiger durch sie ein Recht erhält, das ihm bislang nicht zustand.

¹ vgl. VON TUHR, BÜR III 174 ff.

VON TUHR/SIEGWART I 129 ff.

CARLO KOCKEL, Die Betreibung auf Sicherheitsleistung nach dem schweiz. Schuld-betreibungs- und Konkursrecht (Diss. Zürich 1931) 1 ff.

² VON TUHR/SIEGWART I 189.

Der Fiduziar wird Eigentümer einer Sache, die früher dem Fiduzianten gehörte. Als solcher ist er deshalb zweifellos auch bereichert.

Die *differentia specifica* ist jedoch darin zu erblicken, daß die Bereicherung des Gläubigers, die mit der Zuwendung eintritt, durch eine Verpflichtung ausgeglichen wird, die dem Gläubiger einen entsprechenden Passivposten einträgt. Der Gläubiger muß die Sache zurückgeben, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, – damit ist die Vermögensverschiebung korrigiert, die durch die Übereignung stattfand. Weil sich diese beiden Faktoren aufwiegen, bucht der Fiduziar die Sicherstellung nicht besonders unter seinen Aktiven, so daß seine Bilanz keine Vermögensvermehrung ausdrückt.

Solange der Schuldner nicht leistet, sind Rückgabeanspruch des Fiduzianten und Rückgabeverpflichtung des Fiduziars aufschiebend bedingt, dieser Zustand wird beendet durch den Eintritt der Zahlung bzw. Nichtzahlung der Schuld im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit. Wird ersteres Tatsache, tritt die Bedingung ein, und im Moment, wo auf der Gläubigerseite die Leistung des Schuldners sich als Aktivum konkretisiert, trägt die Rückgabeverpflichtung den Charakter eines unbedingten Passivums.

Bleibt dagegen die Leistung des Schuldners aus, so kommt es auch nie zur Erfüllung der Bedingung; der Gläubiger befriedigt sich aus dem Sicherungsgegenstand bis zur Höhe der Forderung, die dadurch erlischt, der Restbetrag ist dem Schuldner zurückzuerstatten, bzw. kann noch von ihm nachgefordert werden.

Diese Bindung des Sicherungsgegenstandes an den Eintritt eines zukünftigen Ereignisses – nämlich die Leistung bzw. Nichtleistung des Schuldners – ist charakteristisch für die Funktion des Sicherungsgeschäftes. Insofern ist es durchaus berechtigt, die Sicherheitsleistung eine Vorstufe der Erfüllung zu nennen³.

Die Unstimmigkeit, die sich scheinbar durch das Auftreten von zwei Aktivposten auf seiten des Fiduziars ergeben, wird sofort beseitigt, wenn man das Geschäft als Ganzes betrachtet und nicht bloß die Übereignung isoliert.

Trotzdem von einer Bereicherung des Fiduziars durch die Sicherungsübereignung in der Höhe des Sachwertes nicht die Rede sein kann, ist dennoch in bestimmter Hinsicht eine Bereicherung eingetreten, insofern nämlich, als das Recht des Fiduziars nunmehr *verstärkt* worden ist, die Sicherungsübereignung seine Vermögenslage konsolidierter erscheinen

³ VON TUHR, BÜR III 175.

läßt. Der Vorteil liegt im festen Bewußtsein, daß eine Befriedigungsmöglichkeit besteht und daß eine prekäre Vermögenslage des Schuldners in gewissem Maße an Bedeutung verliert.

Auch in der Befestigung und Verstärkung eines Rechts ist eine Bereicherung zu sehen⁴.

III. Die Frage der Entgeltlichkeit

A. Allgemeines: Entgeltliche und unentgeltliche Zuwendungen

Zuwendungen kann man unterscheiden nach ihrer entgeltlich oder unentgeltlichen Natur⁵. *Entgeltlich* ist eine Zuwendung, wenn sie zur Erlangung einer Gegenleistung dient, oder wenn sie zum Zweck der Erfüllung einer Leistungspflicht erfolgt, wobei die Befreiung von der Verbindlichkeit das Entgelt für die Zuwendung darstellt⁶. *Unentgeltlich* ist eine Zuwendung immer dann, wenn sie weder zum Zweck des Austausches mit einer Gegenleistung, noch zum Zwecke der Erfüllung vorgenommen wird⁷.

Die Frage, ob die *Sicherheitsleistung* entgeltlich sei⁸, hat in bezug auf die Anwendbarkeit der Schenkungspauliana eine praktische Auswirkung: ist die Sicherheitsleistung unentgeltlich, kommt eine Anfechtung nach Art. 286 SchKG in Frage, andernfalls nicht.

B. Entgeltlichkeit des Sicherungsgeschäftes

Jedes Sicherungsgeschäft vermag unter zwei Gesichtspunkten entgeltlich zu sein: einerseits was seinen *Ausgangspunkt* (a), andererseits was seinen *Endzweck* (b) betrifft:

⁴ Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 zu Art. 62 OR.

Kommentar BECKER N. 3 zu Art. 62 OR.

JOHNNY G. WITTMANN, Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung (Diss. Zürich 1943) 28 ff.

⁵ PAUL OERTMANN, Entgeltliche Geschäfte, in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 23 H. 3 (München 1912).

ARNOLD LIEBISCH, Das Wesen der unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden, in: Leipziger rechtswissenschaftliche Studien H. 27 (Leipzig 1927).

⁶ LIEBISCH a.a.O. 27.

⁷ LIEBISCH a.a.O. 28.

⁸ sie ist in der Literatur kontrovers:

vgl. VON TUHR BÜR III 178 ff.

LIEBISCH a.a.O. 101 ff.

OERTMANN a.a.O. 98 ff.

a. bezüglich des Ausgangspunktes

Entgeltlich erscheint die Sicherheitsleistung ohne weiteres, wenn der Gläubiger seine Leistung nur im Hinblick auf die Sicherstellung gewährt, oder sich eine Gegenleistung in anderer Form manifestiert, wie etwa in der Verlängerung des Schuldverhältnisses oder der Herabsetzung des Zinses. Die Regeln des synallagmatischen Vertrages sind zur Abwicklung eines so gearteten Vertragsverhältnisses beizuziehen: Das Darlehen muß erst gewährt werden, wenn der Schuldner seiner Verpflichtung nachgekommen ist (OR Art. 82); ist er säumig, kann ihm der Fiduziar eine Nachfrist ansetzen (OR Art. 107) und, wenn diese erfolglos verstreicht, den Rücktritt erklären und schon Geleistetes zurückfordern⁹.

Denkbar ist aber auch, daß eine Gegenleistung des Gläubigers nicht erkennbar ist, daß vielmehr die Sicherstellung durch den Schuldner einzig zu dem Zweck erfolgt ist, das Gläubigerrisiko zu verkleinern.

In diesem Sinne kann dann von Entgeltlichkeit der Sicherheitsbestellung nicht gesprochen werden.

b. bezüglich des Endzweckes

Die Entgeltlichkeitsfrage stellt sich aber noch in ganz anderem Zusammenhang: Typisch für die Sicherheitsleistung ist die Immanenz des Erfüllungszweckes, insofern, als der Sicherungszweck in einem gewissen Zeitpunkt zum *Erfüllungszweck* werden kann. Es ist deshalb nicht gerechtfertigt, von Unentgeltlichkeit der Sicherheitsleistung zu sprechen, wenn die Erfüllung selbst entgeltlich ist. Es scheint mir nicht stichhaltig, wenn man eine Entgeltlichkeit ablehnt, indem man den Akzent auf den Unterschied zwischen Sicherung und Erfüllung legt: der Gläubiger habe kein Recht auf Sicherung, jedoch ein Recht auf Erfüllung, er verliere seine Forderung durch Empfang der Leistung, nicht aber durch Erwerb des Sicherungsrechtes¹⁰. Im Moment, wo der Sicherungszweck zum Erfüllungszweck wird, tritt der Sicherungsgegenstand an Stelle der ursprünglichen Leistung, von der sich die *so* erfolgte Leistung nur mehr genetisch, nicht logisch unterscheidet. Zu betonen ist, daß es sich um

⁹ vgl. VON TUHR/SIEGWART 130.

KOCKEL a.a.O. 2.

RENÉ TRACHSEL, Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredits (Diss. Bern 1949) 12 ff.

¹⁰ VON TUHR, BÜR III 179.

LIEBISCH a.a.O. 102.

eine Erfüllung handelt, die sich in der Frage der Entgeltlichkeit somit auch nach dem zugrundeliegenden Hauptgeschäft richtet¹¹.

C. Die Entgeltlichkeitsfrage bei Interzession

Erfolgt die Sicherheitsleistung durch einen Dritten, muß unterschieden werden, ob der Interzedent auf Veranlassung des Schuldners handelt oder im ausschließlichen Interesse des Gläubigers. Tritt der Dritte zugunsten des Schuldners auf, so handelt es sich nicht um eine Zuwendung des Interzedenten, sondern um eine mittelbare Zuwendung des Schuldners an den Gläubiger. Die Entgeltlichkeitsfrage bestimmt sich nach der Beziehung Interzedent – Schuldner, bzw. Schuldner – Gläubiger. Im Konkurs des Interzedenten ist der Schuldner allein möglicher Anfechtungsgegner einer unentgeltlichen Zuwendung.

Erfolgt die Sicherheitsleistung des Interzedenten ohne die Absicht, gegen den Schuldner Regreß zu nehmen, im alleinigen Interesse des Gläubigers, so handelt es sich um eine Zuwendung des Interzedenten an den Gläubiger, deren Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit sich danach bestimmt, ob der Interzedent eine Gegenleistung empfängt oder nicht¹².

IV. Gegenstand der Sicherungsübereignung; die Problematik der fiduziarischen Übereignung von Grundstücken

Gegenstand einer Sicherungsübereignung¹³ kann alles bilden, was einer Verpfändung zugänglich ist; es gelten dieselben Grundsätze, wie beim Pfandrecht, vor allem derjenige der Spezialität. Auch Warenlager kommen für Sicherungsübereignungen in Frage, sofern sie nur genügend ausgeschieden sind. Befinden sich solche Sachgesamtheiten in einem Lagerhaus, erfolgt die Besitzübertragung mittels Besitzanweisung. Auch Inhaber und Ordrepapiere sind möglich als Objekte von Sicherungsübereignungen.

¹¹ anderer Meinung VON TUHR, BÜR III 179.

LIEBISCH a.a.O. 102.

BERGMAIER 59, 94 ff.

¹² vgl. des weiteren VON TUHR, BÜR III 180 ff.

LIEBISCH a.a.O. 103.

¹³ vgl. hiezu die Ausführungen im Kommentar OFTINGER, N. 16 ff. zu Art. 884 ZGB, und für die Sicherungsübereignung insbesondere Systematischer Teil, N. 255 ff.

Wenn im folgenden von Sicherungsübereignung schlechthin die Rede ist, so ist als Gegenstand nur an Fahrnis gedacht.

Zwar können auch Grundstücke ohne weiteres Objekt einer fiduziarischen Übereignung bilden. Eine Sicherungsübereignung dürfte aber wegen des gut ausgebauten Grundpfandrechts nur in Ausnahmefällen ein wirkliches Bedürfnis sein. Sie kommt immerhin vor¹⁴. Mit Ausnahme der Besitzübertragung ist die Problematik bei der fiduziarischen Übertragung von Grundstücken dieselbe wie bei Fahrnis. Das Gesagte gilt deshalb in entsprechender Weise auch für Immobilien.

Eine besondere Schwierigkeit besteht nur hinsichtlich der Formbedürftigkeit: Der Vertrag auf Eigentumsübertragung von Grundstücken muß nach ZGB Art. 657 I öffentlich beurkundet sein. Da das Gesetz vom «Vertrag» spricht, bedürfen jedenfalls alle jene Punkte der Beurkundung, die für das konkrete Rechtsgeschäft begriffswesentlich sind, also die *essentialia negotii*¹⁵. Ein abstraktes, den Rechtsgrund nicht nennendes Geschäft ist unverbindlich¹⁶.

Kleiden die Parteien nun eine Sicherungsübereignung in die Form eines Kaufes, so wird bei näherer Betrachtung ein Kauf dem Parteiwillen nicht entsprechen, und bei gerichtlicher Beurteilung würde das Geschäft wahrscheinlich als simuliert betrachtet oder doch die *falsa demonstratio* festgestellt. Somit ist das beurkundete Geschäft ungültig, weil es nicht dem wirklichen Parteiwillen entspricht, das gewollte Geschäft aber ist nicht zustandegekommen, weil es der nötigen Form entbehrt¹⁷.

¹⁴ BGE 37 II 311; 56 II 444.

BIZR 46 (1947) 86.

¹⁵ vgl. Kommentar HAAB N. 15 zu Art. 657 ZGB.

¹⁶ BGE 72 II 361.

Kommentar HAAB N. 8 zu Art. 656 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 14 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar HOMBERGER N. 17 zu Art. 965 ZGB.

¹⁷ Statt vieler BGE 71 II 99.

Kommentar HAAB N. 38 zu Art. 657 ZGB.

HANS LEEMANN, Die Folgen der Simulation bei formalen Rechtsgeschäften, in: SJZ 13 (1916/17) 273 ff.

ders., Nichtigkeit des Grundstückkaufes wegen unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises?, in: SJZ 20 (1923/24) 269 ff.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß (Diss. Zürich 1948) 138 ff.

MAX EHRENZELLER, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1951) 49 ff.

Die einzige Lösung dieses Problems liegt darin, daß man die fiduziarischen Rechtsgeschäfte ganz allgemein als selbständigen Rechtsgrund betrachtet, als solchen beurkundet und auch im Grundbuch einträgt. Solange das nicht der Fall ist, bleibt die fiduziarische Übertragung von Immobilien zumindest eine äußerst fragliche Operation.

V. Natur der gesicherten Forderung

Was Grund der Sicherheitsleistung und Natur der zu sichernden Forderung betrifft, sind die Voraussetzungen dieselben wie beim Pfandrecht, sie seien hier nur gestreift.

1. Die *Pflicht* zur Sicherheitsleistung kann sich aus Gesetz, Richter-spruch oder Vertrag ergeben. In allen diesen Fällen ist eine Sicherungs-übereignung möglich¹⁸.

2. Die zu sichernde *Forderung* kann bereits bestehend, bedingt, zukünftig oder bloß möglich sein, sie kann auch eine variable Größe darstellen. Erfordernis ist einzig ihre Bestimmbarkeit¹⁹.

3. Sicherungsübereignung ist möglich für eigene oder fremde Schuld²⁰.

4. Durch die Sicherungsübereignung wird die *Verjährung* zwar unterbrochen, aber nicht ausgeschlossen: OR Art. 140 ist analog beizuziehen; auch nach der Schuldverjährung kann sich der Fiduziar noch aus der Sache befriedigen²¹.

¹⁸ vgl. VON TUHR/SIEGWART I 129 ff.

KOCKEL a.a.O. 3 ff.

¹⁹ Des weiteren sei auf die Behandlung der Themas im Kommentar OFTINGER verwiesen: N. 155 ff. zu Art. 884 ZGB.

vgl. ferner Kommentar WIELAND N. 5 zu Art. 824/5 ZGB und N. 7 zu Art. 884 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 15 ff. zu Art. 824 ZGB und N. 20 ff. zu Art. 884 ZGB.

HAFFTER 19 ff.

BERGMAIER 24.

²⁰ vgl. Kommentar WIELAND N. 7 zu Art. 884 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 84 ff. zu Art. 884 ZGB.

²¹ vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 259.

§ 7. Das fiduziarische Eigentum

I. Unteilbarkeit des Eigentums

Vom gesetzlichen Realsicherungsgeschäft, der Verpfändung, unterscheidet sich die Sicherungsübereignung per definitionem durch die dem Gläubiger eingeräumte stärkere und eindeutigere Rechtsstellung: es erfolgt die Übertragung des *Eigentums*. Zwar liegt dieser Vorgang durchaus in der Absicht der Parteien, die Übereignung ist vollauf gewollt. Zugleich soll dieses Eigentum aber nur im Sinne des wirtschaftlichen Zweckes des Rechtsgeschäftes übergehen, die Bindung des Fiduzianten an sein Gut soll nicht völlig dahinfallen, insbesondere soll der Fiduziar die Sache nicht veräußern dürfen, bevor der Sicherungszweck in den Erfüllungszweck übergegangen ist, d. h. bevor im Momente der Schuldfähigkeit feststeht, daß der Fiduziant nicht leisten kann. Eine Modifikation des Eigentumsinhaltes soll also insofern erfolgen, als das Verfügungsrecht des Fiduziars an den Sicherungszweck gebunden bleiben und vollumfänglich erst im Zeitpunkt einer eventuellen Befriedigung des Fiduziars aus der Sache entstehen soll.

Das erschiene dann ohne weiteres möglich, wenn die auf dem Gebiete des Obligationenrechts herrschende *Vertragsfreiheit* auch für das Sachenrecht gelten würde, wenn es also dem Parteiwillen freigestellt wäre, den Inhalt des dinglichen Rechts selbst zu bestimmen. Das trifft jedoch für unser Sachenrecht, dem ein *numerus clausus* dinglicher Rechte zugrunde liegt, nicht zu. Die dinglichen Rechte sind in ihrer Wirkung von derjenigen der obligatorischen scharf getrennt, eine Unterscheidung, die zu den sichersten Fundamenten unseres Privatrechts gehört¹.

Zwar kann sich das *persönliche Recht* ebenfalls auf eine Sache beziehen und dem Berechtigten erlauben, in bestimmter Weise mit ihr zu verfahren, z. B. durch Miete oder Pacht². Die Herrschaft des persönlich Berechtigten ist jedoch, und das unterscheidet sie von derjenigen des dinglich Berechtigten, nicht direkt auf die *Sache* selbst, sondern gegen die *Person* desjenigen gerichtet, der das dingliche Recht vermittelt. Es kann demnach auch nur ihm gegenüber geltend gemacht werden.

¹ THEO GUHL, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in: Festgabe ans Bundesgericht (Bern 1924) 93.

EUGEN HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht (Bern 1914) 33.

² Kommentar HAAB, Einleitung N. 54.

Die Eigenart des *dinglichen Rechts* zeichnet sich nach zwei Richtungen ab: einmal gewährt es eine unmittelbare Herrschaft über die Sache selbst, die allerdings mehr oder weniger weit gehen kann. Dann aber vermag sich der Berechtigte auf das Recht an der Sache auch jedermann gegenüber zu berufen³. Diese absolute Wirkung des Sachenrechts verlangt zugleich, daß der Rechtsinhalt im Gesetz abschließend und zwingend umschrieben werde: Kann es jedermann gegenüber geltend gemacht werden, muß auch Klarheit über seinen Inhalt herrschen.

Als dingliche Rechte gehen aus dem ZGB nur das Eigentum als Vollrecht und die beschränkten dinglichen Rechte wie Dienstbarkeiten, Grundlasten und Pfandrechte hervor. Ein dingliches Recht, wie es die Parteien beim fiduziarischen Rechtsgeschäft erstreben, findet sich im Katalog der Sachenrechte nirgends.

Vor allem aber findet eine Teilung des Eigentums in ein solches «nach außen» (das dem Fiduziar zustände) und ein solches «nach innen» (das beim Fiduzianten bliebe)⁴ oder eine Unterscheidung von «wirtschaftlichem» und «juristischem»⁵ Eigentum im Gesetz keinerlei Handhabe. Der

³ WALTHER BURCKHARDT, *Methode und System des Rechts* (Zürich 1936) 179.

ders. *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft* (2. A. Zürich 1944) 44 ff.

ders. *Einführung in die Rechtswissenschaft* (2. A. Zürich 1948) 82 ff.

EUGEN HUBER, *Zum schweizerischen Sachenrecht* (Bern 1914) 55.

Kommentar HAAB, *Einleitung* N. 59 ff.

Kommentar LEEMANN, *Einleitung* N. 29 ff.

Kommentar WIELAND, *Vorbemerkung* 1.

THEO GUHL, *Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung*, in: *Festgabe ans Bundesgericht* (Bern 1924) 93 ff., 94.

KARL OFTINGER, *Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht*, in: *ZSR* 57 (1938) 481 a ff., 505 a.

PETER TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (5. A. Zürich 1948) 416.

AMMANN 105, 123.

BERGMAIER 56.

GUBLER 99, 140.

REYMOND 18.

HOWALD 77.

ERZER 77.

⁴ Kommentar JAEGER N. 38 ff. zu § 43 KO.

WERNER STAUFFACHER, *Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurse des Fiduziars* (Diss. Leipzig 1909) 22 ff.

HELLMUT NAGEL, *Das Sicherungseigentum im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung* (Diss. Breslau 1939) und die dort Zitierten.

⁵ RGE 45 84 ff.: «Die Sache gehört dem Fiduziar zwar formell und juristisch, aber nicht materiell und wirtschaftlich.»

Begriff des Eigentums ist ein einheitlicher und unteilbarer: «Wer Eigentümer einer Sache ist, kann in den Schranken der Rechtsordnung über sie nach seinem Belieben verfügen» (ZGB Art. 641 I). Die gesetzliche Umschreibung enthält zunächst ein quantitatives Element: Die Eigentumsherrschaft reicht nur so weit, als sie sich mit den dem Eigentümer von der Rechtsordnung auferlegten Pflichten verbinden läßt⁶; sie birgt aber auch ein qualitatives Moment⁷, indem der Eigentümer innerhalb der der Schranken des zwingenden Rechts über die Sache «nach seinem Belieben» verfügen kann: die Zuständigkeit des Eigentümers ist somit eine allgemeine, allseitige und umfassende⁸. Beschränkt wird durch die zwingenden Rechtssätze nicht das Eigentum an sich, sondern, was Inhalt des Eigentums ist, wird erst durch die Schranken des öffentlichen Rechts bestimmt. Der Inhalt des Eigentums ergibt sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung, nicht aus dem Privatrecht allein⁹. Insofern ist es auch berechtigt, von Wandlungen der Eigentumsordnung zu sprechen, indem das öffentliche Recht, das den Eigentumsinhalt bestimmt, in stetem Fluß sich befindet¹⁰. Dadurch wird aber die absolute Natur des Eigentums nicht berührt, diese ergibt sich nicht aus dem Inhalt des Eigentums,

⁶ Kommentar HAAB N. 3 zu Art. 641 ZGB. Insofern ist das Herrschaftsrecht des Eigentümers über die Sache nicht ein *absolutes*, sondern nur das *umfassendste* Herrschaftsrecht, das einem Rechtssubjekt überhaupt zukommen kann.

⁷ EUGEN HUBER, Die Eigentümerdienstbarkeit, in: Festschrift für Hermann Fitting (Bern 1902) 36, vgl. auch die grundsätzlichen Ausführungen des Autors an Hand der Zusammenstellung von Eigentumsdefinitionen a.a.O. 25 ff.

⁸ BGE 39 II 810.

Kommentar HAAB N. 2 ff. zu Art. 641 ZGB.

Kommentar WIELAND Vorbemerkung 1.

EUGEN HUBER, Zum schweizerischen Sachenrecht (Bern 1914) 48.

WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944) 45.

ders. Einführung in die Rechtswissenschaft (2. A. Zürich 1948) 82 ff.

OFTINGER 4 ff., 71.

GUBLER 151 ff., 143 ff.

BERGMAIER 56.

⁹ Kommentar HAAB N. 2 ff. zu Art. 641 ZGB.

KARL OFTINGER, Gesetzgeberische Eingriffe in das Zivilrecht, in: ZSR 57 (1938) 481 a ff., 664 a ff.

¹⁰ FRANZ JENNY, Wandlungen des Eigentumsbegriffes, in: ZSR 51 (1932) 23 ff.

HANS PETER, Wandlungen der Eigentumsordnung und der Eigentumslehre seit dem 19. Jahrhundert (Diss. Zürich 1949).

MARTIN STOHLER, Neuere Wandlungen des Eigentums und der Eigentumskonzeption (Diss. Basel Maschinenschrift 1938).

sondern ist dem dinglichen Recht an sich schon begrifflich immanent. Ein dingliches Recht, das nicht jedermann gegenüber gilt, ist eben kein solches mehr. Aus dieser absoluten Wirkung ergibt sich auch die Unteilbarkeit des dinglichen Rechts: *da es jedermann gegenüber besteht, kann es auch nicht zugleich vollumfänglich zweien zustehen*¹¹. Eine Duplizität des Rechtssubjektes kann durch Parteivereinbarung keinesfalls erreicht werden¹².

Das von den Parteien gewollte Eigentumsrecht entsteht deshalb nicht in ihrem Sinne, sondern im Sinne des Gesetzes. Ist der Inhalt des Vertrages in dinglicher Hinsicht wegen Unmöglichkeit des Inhaltes (OR Art. 20 I) nichtig, wandelt er sich durch Konversion in den vor dem Gesetze möglichen obligatorischen. Statt der von den Parteien gewollten, aber vom Gesetz verbotenen dinglichen tritt die legitime persönliche Wirkung ein¹³. Der Erwerber wird Eigentümer und die *vertragliche Modifikation* des Eigentumsrechtes beschränkt nicht dieses selbst, sondern den Erwerber in der *Ausübung* desselben. Rechtliches Können und rechtliches Dürfen divergieren. Ersteres richtet sich nach der gesetzlich eingetretenen Wirkung der nunmehrigen vollen Sachherrschaft des Gläubigers, letzteres nur nach der von den Partnern intern getroffenen Vereinbarung. Der Gläubiger *kann* die Sache jederzeit veräußern, ohne daß der Schuldner ein dingliches Recht dem Dritten gegenüber geltend machen könnte.

II. Bedeutung des Vertrauens

Deshalb ist der Schuldner voll und ganz auf die Loyalität und Redlichkeit des Erwerbers angewiesen, denn der Schadenersatzanspruch, den er im Falle eines Vertragsbruches gegen ihn hätte, vermag den ideellen oder persönlichen Wert eines Gegenstandes meist nicht mehr zu ersetzen.

Schon der historische Abriß¹⁴ hat diese Eigenart des fiduziarischen

¹¹ WALTHER BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft (2. A. Zürich 1948) 82.

¹² Kommentar HAAB N. 6 zu Art. 656 ZGB.

VON TUHR, BÜR I 69 ff.

¹³ VON TUHR/SIEGWART 217.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 35 zu Art. 11 OR.

Kommentar BECKER N. 11 zu Art. 11 OR.

Kommentar HAAB Einleitung N. 59.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 90 ff.

ELLY WEIL, Konversion von Rechtsgeschäften (Diss. Zürich 1934).

HOWALD 78.

¹⁴ vgl. vorn 42 ff.

Rechtsgeschäftes beleuchtet. Wo das Recht den Bedürfnissen des Verkehrs nicht Folge leistet, müssen Verkehrsformen Verwendung finden, die im eigentlichen Sinne dafür nicht geeignet sind. Die Brücke über diese Unebenheit vermag nur das Zutrauen zu schlagen, das ein Rechtsgenosse dem anderen schenkt, daß dieser die im Geschäft liegende Unstimmigkeit nicht zu seinen Gunsten und zum Schaden des anderen auswerte. Das Vertrauen greift ja überall da Raum, wo das Recht nicht selbst den Interessen der Parteien den adaequaten Schutz verleihen kann¹⁵.

Diese Eigenart prägt Name und Natur des fiduziarischen Rechtsgeschäftes, das sich damit auch als heikle Konstruktion kundtut, deren Behandlung Behutsamkeit und Vorsicht verlangt. In dieser Gestalt hat es sich im allgemeinen durchaus bewährt. Es wäre nicht einzusehen, warum dem heute herrschenden Hang zur Kodifizierung auch in dieser Hinsicht Folge zu leisten wäre. Aufgabe der Jurisprudenz wird es immer sein, mit bestehenden und oft wenig abgestuften Rechtsformen den differenzierteren Bedürfnissen des Verkehrs Genüge zu tun.

Zu betonen ist aber, daß sich fiduziarisches Eigentum in der dinglichen Wirkung vom Eigentum an sich überhaupt nicht unterscheidet, es ist *keine Unterart* desselben. Fiduziarisches Eigentum ist Eigentum im Sinne des Gesetzes, dem keinerlei dingliche Beschränkung innewohnt. Die Bezeichnung fiduziarisches Eigentum bedeutet deshalb auch keine *contradictio in adjecto*, das doktrinelles Monstrum der Duplizität des Rechtssubjektes bleibt unserem Rechte fern¹⁶.

¹⁵ Über die natürliche und rechtliche Bedeutung des Vertrauens vgl. HERMANN EICHLER, Die Rechtslehre vom Vertrauen (Tübingen 1950) 4 ff.

¹⁶ Die Vollrechtstheorie ist heute in der Schweiz unbestritten:

BGE 31 II 109 ff.; 39 II 810; 43 II 346 ff.; 71 II 99.

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 240.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 17 OR, N. 6 vor Art. 164 ff. OR.

Kommentar BECKER N. 11 zu Art. 164 OR.

KOMMENTAR LEEMANN N. 19 ff. zu Art. 717 ZGB, N. 15 zu Art. 835 ZGB, N. 15 vor Art. 641 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 9 zu Art. 884 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 14 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar HOMBERGER N. 20 zu Art. 920 ZGB, N. 3 zu Art. 946 ZGB, N. 18 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar HAAB N. 23 zu Art. 641 ZGB.

Kommentar JAEGER N. 4 C e zu Art. 197 SchKG

VON TUHR/SIEGWART 195 ff.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 102 ff.

III. Das sogenannte Treuhandrecht

Trotz dieser Eigenart des Sachenrechtes sind in der Doktrin immer wieder Versuche gemacht worden, die Stellung des Fiduzianten zu verstärken¹⁷. In besonderem Maße bestand das Bedürfnis auf einem benachbarten Gebiete, *dem Treuhandrecht*, einer Erscheinung, die der Doktrin Deutschlands und auch der Schweiz einige Schwierigkeit bereitet hat.

Die Besonderheit der Treuhand besteht darin, daß der Treuhänder vom Treugeber Rechte empfängt, die er jedoch nicht, oder nicht ausschließlich, in eigenem Interesse, sondern im Interesse des Treugebers oder eines Dritten (Begünstigter)¹⁸ auszuüben hat. Der Treuhänder soll aus *eigenem* Rechte *fremde* Interessen vertreten können, wobei aber auch der Begünstigte dinglich berechtigt bleibt. Die Schwierigkeit besteht in dogmatischer Hinsicht, es mangelt in Deutschland und der Schweiz an einer positiv-rechtlichen Regelung des Treuhandrechtes, die bestehenden Rechtsformen aber vermögen den von den Parteien angestrebten Erfolg nicht zu erreichen. Der Bildung eines geeigneten Treuhandrechtes steht der einheitliche Eigentumsbegriff entgegen, welcher eine dingliche Berechtigung von Treugeber *und* Begünstigtem nicht entstehen läßt.

Die Doktrin versuchte sich mit allerlei Kontruktionen zu behelfen, und das Schrifttum ist darüber ins Ansehnliche gewachsen¹⁹, das Resultat

PIERRE AEBY, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in: ZSR 31 (1912) 149 ff. S. 204 ff.

JOSEPH ENDERLE, Das Besitzkonstitut nach Art. 717 ZGB (Diss. Basel Maschinenschrift 1941) 96 ff.

MAX G.H. WOLFF, Wesen und Voraussetzungen der Zession (Diss. Zürich 1917) 91 ff.

REICHWEIN 323 ff.

HOWALD 79 ff.

ERZER 63.

REYMOND 17 ff.

AMMANN 33.

OFTINGER 71 ff.

BERGMAIER 26 ff.

GUBLER 169 ff.

anderer Meinung: GERSTLE.

¹⁷ vgl. die vorn 95 N. 4 Zitierten.

¹⁸ Begünstigter und Treugeber fallen oft in einer Person zusammen. Wenn im weiteren vom Begünstigten die Rede ist, so kann es sich dabei sowohl um den Treugeber selbst, als auch um einen Dritten handeln.

¹⁹ vgl. vor allem die umfassende Monographie von WOLFGANG SIEBERT, Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Land-

aber ist wenig ermutigend: Die Versuche scheitern entweder an der Einheit des Eigentumsbegriffes oder am *numerus clausus* der Sachenrechte und, wo die Konstruktionen sich ans geltende Recht halten, vermögen sie der Interessenlage der Treuhand nicht zu entsprechen. Es ist deshalb festzuhalten: Die Treuhand im Sinne des oben umschriebenen Begriffes bleibt ein rechtspolitisches Postulat. Sie existiert in unserem Rechte nicht.

Nichtsdestoweniger läßt sich auch in bezug auf das geltende Recht von Treuhand sprechen, wenn man der Konstruktion des fiduziarischen Rechtsgeschäfts folgt, der Treuhänder also Vollberechtigter wird, mit rein obligatorischer Bindung an den Begünstigten. Insofern wird in der Literatur auch die Trennung von Sicherungstreuhand und Verwaltungstreuhand durchgeführt.

IV. Lösung des Eigentumsproblemcs in dualistischen Rechtsordnungen

Eine ideale und originelle Lösung der Duplizitätsfrage des Eigentums ergibt sich aus dem in *England* herrschenden Dualismus von *Common*

wirtschaftsrecht Nr. 68 (Marburg 1933). Das Schrifttum findet sich dort in einer ansehnlichen Bibliographie zusammengetragen.

In der Schweiz hat die Arbeit von LEO GERSTLE, *Das reine Treuhandgeschäft im schweiz. Privatrecht* (Diss. Bern 1917) einige Beachtung gefunden. Sie geht davon aus, der *numerus clausus* der Sachenrechte sei durch die Fälle der Quasitreuhand (Art. 860 ff. und 517 ZGB) bereits durchbrochen, durch Analogieschluß lasse sich aus dem Gesetz selbst ein eigentliches «Verwaltungsrecht» ableiten. Die Ausführungen verdienen z. T. Beachtung de lege ferenda, eine andere als rechtspolitische Bedeutung kommt ihnen aber nicht zu.

vgl. des weiteren das schweizerische Schrifttum:

FRITZ AMMANN, *Treuhand und Grundbuch* (Diss. Zürich 1946).

F.T. GUBLER, *Vertretung und Treuhand bei Anleihen nach schweizerischem Recht* (Diss. Zürich 1940).

BRUNO HÖOG, *Die eigentlichen Treuhandgeschäfte sogenannter Treuhandunternehmen* (Diss. Basel Maschinenschrift 1944).

J.F.P. TÖNDURY, *Die Treuhand in rechtsvergleichender Darstellung* (Diss. Neuenburg 1912).

HANS STRAUB, *Über das Treuhandrecht* (Diss. Bern 1940).

PAUL MADÖRY, *Die Verwaltungstreuhand . . .* (Diss. Basel Maschinenschrift 1946).

MARCUS WYLER, *Über das Treuhandrecht*, in: ZSR 56 (1937) 293 ff.

ders., *Für ein schweizerisches Treuhandrecht*, in: SJZ 32 (1935/36) 129 ff.

KONRAD BLOCH, *Der anglo-amerikanische Trust und seine Behandlung im internationalen Privatrecht*, in: SJZ 46 (1950) 65 ff.

Law und *Equity*, der allein die eminente Bedeutung zu erklären vermag, die dem Trust (Treuhandschaft) heute in England zukommt²⁰. Der trustee (Treuhänder) wird legal owner nach Common Law und kann sich auf dieses Recht jedermann gegenüber berufen mit Ausnahme des beneficiary (Begünstigter). Denn nach Equity ist der beneficiary der owner des Treugutes, und da das Billigkeitsrecht bei Kollision vorgeht, vermag der Begünstigte nicht nur sein Recht dem trustee gegenüber durchzusetzen, sondern jedem, der bösgläubig das Treugut durch breach of trust erworben hat. Wenn eine Anwendung unserer Rechtsbegriffe auf das undoktrinäre englische Recht überhaupt gestattet ist, wird somit der Treuhänder Eigentümer nach Common Law, der Begünstigte Eigentümer nach Equity. Dabei ist aber zu betonen, daß das englische Recht, in seiner grundsätzlichen Abneigung gegen Fragen rechtstheoretischer Natur, die Unterscheidung relativer und absoluter Rechte, obligatorischer und dinglicher Rechte nicht kennt²¹.

Ein Analogon zum Dualismus von Equity und Common Law, wie er in England die zweckmäßige Ausgestaltung des Trusts gestattet, findet sich im *römischen Recht* mit dem Nebeneinandertreten von Volks- und Amtsrecht. Das in der römischen Frühzeit einheitliche dominium hatte

⁰ «If we were asked what is the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence I cannot think that we should have any better answer to give than this, namely, the development from century to century of the trust idea.»

FREDERIC WILLIAM MAITLAND, The Unincorporate Body, in: Collected Papers III (Cambridge 1911) 271 ff., 272.

vgl. weiter

HERMANN M. ROTH, Der Trust in seinem Entwicklungsgang vom Feoffee to Uses zur amerikanischen Trust Company, in: Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Nr. 48 (Marburg 1928).

SIEBERT a.a.O.

MAX BRUNNER, Wesen und Bedeutung der englisch-amerikanischen Treuhand (Trust) (Diss. Bern 1931).

HEINRICH DAVID, Der Schutz des Begünstigten in der Treuhand nach englisch-amerikanischem Rechte (Diss. Zürich 1926).

ferner die vorn 99 N. 19 Zitierten.

²¹ «. . . English Law knows no distinction between ‚Sachenrecht‘ and ‚Obligationenrecht‘. It is needless to say that in England as elsewhere there is a great difference between owning a hundred gold coins and being owed a hundred pounds . . .»

FREDERIC WILLIAM MAITLAND, Trust and Corporation, in: Collected Papers III (Cambridge 1911) 321 ff., 324.

mit dieser Duplizität eine Teilung erfahren, womit der eine ex jure Quiritium dominus sein, der andere gleichzeitig dieselbe Sache in bonis habere konnte. Daß eine solche Zweiteilung des Eigentums auch bei der mancipatio fiducia causa eintrat, ist, wenn auch nicht sicher, so doch denkbar²². Eine Anerkennung von Ober- und Untereigentum findet sich auch im deutschen Recht mit der Duplizität von Volksrecht und Königsrecht²³.

V. Miteigentum

Eine Möglichkeit²⁴, die Stellung des Fiduzianten zu verbessern, ist die Verabredung von *Miteigentum*²⁵.

Vorwegzunehmen ist, daß Miteigentum (ZGB Art. 646 ff.) als allgemeine Konstruktion der Sicherungsübereignung nicht in Frage kommt; dem steht der ausdrückliche Parteiwille entgegen, der auf volle Eigentumsübertragung geht. Das ergibt sich aus der gewählten Methode der Deduktion²⁶. Was unter die Definition des Geschäftes fällt, bezeichnen wir als Sicherungsübereignung, was nicht darunter fällt, ist ein Geschäft anderer Art.

Soweit ich sehe, beschäftigte nie ein Fall dieser Art unsere Gerichte; immerhin scheint es durchaus möglich, daß die Parteien zur Sicherung einer Forderung Miteigentum verabreden. Der Schuldner bleibt Eigentümer und wird auch im unmittelbaren Besitz der Sache bleiben. Die Berechtigung des Gläubigers wird bestimmt sein durch die Höhe seiner Forderung. Kommt der Schuldner seiner Verpflichtung nicht nach, er-

²² vgl. HANS KRELLER in der Besprechung von Walter Erbes Monographie, Die Fiduzia im römischen Recht (Weimar 1940), in: ZSt 61 (1941) 462 ff., 464 und die dort Zitierten.

²³ vgl. SIEBERT a.a.O. 49 ff.
AMMANN 20.

²⁴ vgl. ERZER 72 ff.
GERSTLE 96 ff.
SIEBERT a.a.O. 333.

²⁵ Für die Begründung von Gesamteigentum fehlt das erforderliche Gemeinschaftsverhältnis.

²⁶ vgl. vorn 59 ff.

folgt die Veräußerung und der Gläubiger befriedigt sich aus seinem Anteil²⁷.

ZGB Art. 717 ist meines Erachtens entsprechend beizuziehen, auch wenn es sich hier in der Regel um Mitbesitz und nicht um ein *constitutum possessorium* handelt.

²⁷ vgl. Kommentar STAUDINGER N. 33 am Ende zu § 929 BGB.

MARTIN WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III Das Sachenrecht (9. Bearbeitung Marburg 1932) 209.

HANS PFEFFER, Das Miteigentum als Kreditsicherungsmittel (Diss. Göttingen 1931).

KARL HOLLAND-CUNZ, Die Sicherungsübereignung zu «Miteigentum» (Diss. Frankfurt a. M. 1932).

Die Eigentumsübertragung

Die grundsätzlichen Überlegungen zur Natur des fiduziarischen Eigentums haben gezeigt, daß in der sachenrechtlichen Wirkung keinerlei Unterschied besteht zwischen einer Eigentumsübertragung, die etwa auf Grund eines Kaufes, einer Schenkung oder eines Tausches erfolgt und der fiduziarischen Eigentumsübertragung. Die Voraussetzungen, die für den Eigentumsübergang erfüllt sein müssen, sind hier wie dort dieselben; sie seien in der Folge untersucht.

Als Voraussetzung nennt ZGB Art. 714 I vorerst den Übergang des Besitzes (§ 8) auf den Erwerber und in ZGB Art. 714 II die Befugnis des Veräußerers zur Eigentumsübertragung, bzw. den guten Glauben des Erwerbers. Als weitere Voraussetzung tritt ein gültiger Rechtsgrund (causa) hinzu, wie sich im weiteren ergeben wird (§ 9). Hingegen ist keine besondere Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang (dinglicher Vertrag) erforderlich (§ 9 I E).

§ 8. Die Übergabe der Sache

I. Allgemeines

Zur Übertragung des Fahrniseigentums ist der Übergang des Besitzes auf den Erwerber erforderlich (ZGB Art. 714 I), man spricht vom sogenannten Traditionsprinzip, im Gegensatz zum Vertragsprinzip, wie es etwa das französische, italienische und englische Recht kennt, wo mit dem Konsens der Parteien auch das Eigentum übergeht. Letzteres ist an sich die natürlichere Lösung, dem Laien ist meist nicht bewußt, daß er erst mit dem Besitzübergang Eigentum erwirbt¹. Das schweizerische Recht legt aber der Publizität entscheidende Bedeutung zu und hält am Traditionsprinzip fest (aOR Art. 199, ZGB Art. 714 I).

Der Grundsatz erfährt allerdings nach zwei Richtungen eine Einschränkung: Eigentum kann auch ohne Sachübergabe erworben werden, wenn der Gegenstand auf Grund eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräußerer (Besitzkonstitut ZGB Art. 924 I) oder bei einem Dritten

¹ Die moderne Rechtsentwicklung neigt zur Verinnerlichung.

Darauf weist OFTINGER 29. Vgl. ferner:

THEODOR SÜSS, Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff (Tübingen 1952) 141 ff.

(Besitzanweisung ZGB Art. 924) bleibt. Eine dritte Möglichkeit besteht darin, daß der Erwerber bereits die Sache in seiner Gewalt hat und nun selbständiger Besitzer wird (*brevi manu traditio*). Die Eigentumsübertragung erfolgt dann mittels sogenannter Traditionssurrogate².

Inwieweit die verschiedenen Formen der Besitzübertragung für die Sicherungsübereignung in Frage kommen, ist im folgenden zu prüfen.

II. Übergabe der Sache durch Tradition

A. Allgemeines

Der *Normalfall* der Besitzübertragung ist die *Übergabe der Sache selbst* (ZGB Art. 714 I, 922 I Halbsatz 1) durch eine tatsächliche Änderung des Gewaltverhältnisses. Der Vorgang muß äußerlich wahrnehmbar sein, eine mündliche oder schriftliche Erklärung der Parteien allein erreicht das Ziel nicht, solange die Sache nicht in die unmittelbare physische Gewalt des Erwerbers gelangt.

Besitzübertragung in diesem Sinne ist auch möglich durch die Übergabe der *Mittel*, die dem Empfänger die Gewalt über die Sache verschaffen (ZGB Art. 922 Halbsatz 2). Als solche gelten etwa der Zündschlüssel eines Motorfahrzeuges oder der Schlüssel zu einem Lokal, in dem die Sache verwahrt wird; ferner sind auch die Warenpapiere unter den Mitteln im technischen Sinne zu nennen (ZGB 925)³.

Gelangt der Fiduziar auf diese Weise mit Willen des bisherigen Besitzers in die Lage, die Gewalt über die Sache auszuüben, ist die Forderung des Gesetzes erfüllt (ZGB Art. 922 II) und seinem Eigentumserwerb steht in dieser Hinsicht kein Hindernis entgegen.

B. Mitbesitz (im engeren Sinne)⁴

Zweifel können sich nur in einer Richtung ergeben: Während für die Übertragung des Eigentums die Einräumung von *Mitbesitz* genügt, ist

² «Das Traditionsprinzip ist daher nur das historische Kostüm, in dem das Vertragsprinzip den Eintritt in das geltende Recht gefunden hat.» PHILIPP HECK, Grundriß des Sachenrechts (Tübingen 1930) 241.

³ vgl. Kommentar OFTINGER N. 178 ff. zu Art. 884 ZGB und die Kommentare OSTERTAG und HOMBERGER zu ZGB Art. 919 und 922.
OFTINGER 34 ff.

⁴ Die *Terminologie* bedarf hier einer Erläuterung:

Mitbesitz im engeren Sinne und Gesamtbesitz werden als Unterbegriffe von *Mit-*

diese Form für die Bestellung eines Pfandrechts nicht angängig (ZGB 884 III). Die Besonderheit besteht darin, daß hier der Besitz den Parteien zusammen zukommt, wobei jeder der Beteiligten ohne Zutun des anderen über die Sache verfügen kann. (Beim übereigneten Motorfahrzeug z. B. hat jede der Parteien einen eigenen Zündschlüssel.) Mitbesitz ist nicht identisch mit dem *constitutum possessorium*: Der Erwerber erlangt die *Gewalt über die ganze Sache* und es fehlt das für das Besitzkonstitut typische Erfordernis des besonderen Rechtsverhältnisses (ZGB Art. 924 und 717).

Da bei der Sicherungsübereignung per definitionem eine Eigentumsübertragung erfolgt und keine Pfandbestellung, scheint der Mitbesitz an sich hier möglich. Auch umfaßt ZGB Art. 717 den Mitbesitz nicht; die Norm betrifft einzig das Besitzkonstitut. Diese Konsequenz zieht auch das Bundesgericht: Wenn das ZGB nur den Vollzug der Sicherungsübereignung durch Besitzeskonstitut verpöne, so sei daraus zu schließen, daß sie in jeder anderen Form der Besitzübertragung auch gegenüber Dritten wirksam vollzogen werden könne (BGE 72 II 241).

Die Fragestellung ist hier ganz ähnlich wie bei der Verfallklausel: Die Möglichkeit des Mitbesitzes, wie diejenige der *lex commissoria* scheint sich ohne weiteres aus der Tatsache der Übereignung zu ergeben. Dazu kommt, daß man vor den Härten des Faustpfandprinzips die Augen nicht verschließen kann und beim Mitbesitz eine Möglichkeit der Lockerung erblicken mag.

Indessen beruht diese Konsequenz doch nur auf einer rein begrifflichen Unterscheidung, die zu unangängigen Resultaten führen muß. Ob de lege ferenda eine Lockerung des Faustpfandprinzips wünschenswert wäre, ist eine ganz andere, rechtspolitische Frage, die hier bei der Entscheidung über die Rechtsfrage nicht ins Gewicht fallen darf. Ratio legis des Faustpfandprinzips ist die Verhinderung des Eindrucks einer

besitz im weiteren Sinne verwendet, der seinerseits den Gegensatz zum *Alleinbesitz* bildet.

Mitbesitz im engeren Sinne liegt vor, wenn mehrere Personen Besitzer sind, jeder *einzelne* jedoch die *volle Gewalt* über die Sache hat.

Von *Gesamtbesitz* wird hier gesprochen, wenn mehrere Personen die Gewalt über eine Sache nur *gemeinsam* ausüben vermögen.

vgl. Kommentar HOMBERGER N. 12 ff. zu Art. 919 ZGB.

Im Kommentar OFTINGER ist von Mitbesitz schlechthin die Rede. Dadurch ergeben sich scheinbar Differenzen mit der vorliegenden Arbeit, sie sind aber nur terminologischer, nicht inhaltlicher Natur (vgl. Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 261 und N. 247 ff. zu Art. 884 ZGB).

falschen Kreditwürdigkeit des Schuldners einerseits und die Sicherstellung der Sache beim Gläubiger andererseits. Wenn die Sache beim Mitbesitz in der Gewalt des Veräußerers bleibt, liegt auch hier eine Gesetzesumgehung vor. Nach außen tritt überhaupt kein Unterschied auf, ob die Sache infolge Mitbesitzes oder infolge Besitzeskonstituts in der Gewalt des Fiduzianten steht. Eine Benachteiligung Dritter ist hier in gleichem Maße zu befürchten.

Will man die unerfreulichen Auswirkungen reiner Begriffsjurisprudenz vermeiden, drängt sich die analoge Anwendung von ZGB Art. 717 auf⁵.

C. Gesamtbesitz

Vom Mitbesitz zu unterscheiden ist der *Gesamtbesitz*, wo Schuldner und Gläubiger nur unter gegenseitiger Mitwirkung über die Sache verfügen können. (Um beim Beispiel des Motorfahrzeuges zu bleiben: Der Schuldner hat etwa den Zündschlüssel bei sich behalten, während der Gläubiger den einzigen Garageschlüssel besitzt.) Da der Fiduziant hier nicht mehr selbständig die Gewalt über die Sache auszuüben vermag, steht dem Gesamtbesitz bei der Sicherungsübereignung nichts entgegen⁶.

III. Übergabe durch Traditionssurrogate

A. Übergabe durch *constitutum possessorium*

a) *Entwicklung*

Unter der Herrschaft der *kantonalen Rechte* war es zum Teil auch bei einer Pfandbestellung an Fahrnis möglich, daß der Schuldner die Sache in seinem Gewahrsam behielt. Auf diese Weise sollte dem Kreditbedürfnis derjenigen Leute Genüge getan werden, die auf ihre Habe nicht

⁵ vgl. REICHWEIN 322 ff.

Zur Auslegung des Art. 717 ZGB vgl. die folgenden Ausführungen.

⁶ Gleicher Meinung, jedoch mit anderer Terminologie

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 261: «Es liegt eine *ausreichende Besitzübertragung* vor, wenn der Fiduziant dem Fiduziaren Mitbesitz einräumt, sofern nur der Fiduziant nicht mehr allein über die Sache verfügen kann.».

Analog für das Pfandrecht:

Kommentar OFTINGER, N. 247 ff. zu Art. 884 ZGB;

Kommentar OSTERTAG Vorbem. 26;

vgl. auch Kommentar HOMBERGER N. 12 zu Art. 919 ZGB.

verzicht können (z. B. Handwerker, Hoteliers). Man beließ ihnen die Pfandgegenstände, allerdings unter Eintrag in Register, eine Möglichkeit, wie sie im ZGB für den Eigentumsvorbehalt (ZGB Art. 715) und die Viehverschreibung (ZGB Art. 885) gewählt wurde⁷.

Das *alte OR* hat diese Lösung nicht übernommen und die Mobiliarhypothek untersagt (aOR Art. 210). Zur Umgehung dieses Verbotes wurde damals oft zur Sicherungsübereignung Zuflucht genommen, die vom Bundesgericht auch ohne Übergabe der Sache zugelassen wurde⁸.

Das ZGB hat in Ergänzung zu Art. 924, wo das Besitzkonstitut allgemein behandelt ist, dieser Entwicklung durch seinen Art. 717 Einhalt geboten: «Bleibt eine Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Veräußerer, so ist der Eigentumsübergang Dritten gegenüber unwirksam, wenn damit . . . eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand beabsichtigt worden ist.

Der Richter entscheidet hierüber nach seinem Ermessen.»

Der Tatbestand von ZGB Art. 717 ergibt gewisse Schwierigkeiten, er sei im folgenden in einzelne Tatsachen zerlegt.

b) Das besondere Rechtsverhältnis

Im Gegensatz zur Tradition durch Übergabe bleibt beim Besitzkonstitut die Sache beim Veräußerer, der als Besitzmittler für den Erwerber besitzt. Der Veräußerer wird unselbständiger, unmittelbarer Besitzer, der Erwerber selbständiger, mittelbarer Besitzer⁹. Das Eigentum hat allerdings den Zuständigen nicht gewechselt, wenn es nur zu einer abstrakten Beredung kommt, der Veräußerer solle die Sache bei sich behalten; erforderlich ist ein *besonderes Rechtsverhältnis*, das den Verbleib der Sache beim Veräußerer rechtfertigt, in Frage kommen vor allem Miete, Hinterlegung oder Gebrauchsleihe. Es liegen beim Erwerb durch Konstitut immer zwei Rechtsgeschäfte vor, das eine betrifft die Übereignung und das andere das Zurückbleiben der Sache beim Veräußerer¹⁰.

Bleibt bei einer Sicherungsübereignung die Sache beim Veräußerer, ist deshalb zuerst abzuklären, ob ein Besitzkonstitut überhaupt *entstanden*

⁷ vgl. des weiteren Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil N. 35 ff. und N. 64 ff. zu den Erscheinungsformen der Mobiliarhypothek.

⁸ vgl. im übrigen vorn 45 ff.

⁹ vgl. Kommentar HOMBERGER N. 12 zu Art. 924 ZGB.

¹⁰ vgl. die Kommentare HOMBERGER, OSTERTAG und WIELAND zu Art. 924 ZGB und die Kommentare LEEMANN und WIELAND zu Art. 717 ZGB.

ist¹¹. Trifft das nicht zu, so hat ein Eigentumübergang gar nie stattgefunden und weitere Untersuchungen erübrigen sich.

c) Umgehung von ZGB Art. 884 III

Zur Erfüllung des Tatbestandes von ZGB Art. 717 muß *eine Umgehung der Bestimmungen über das Faustpfand* vorliegen. Die Auslegung des Geschäftes muß ergeben, welche Geschäftsart von den Parteien gewollt ist. Die Sicherungsübereignungen treten erfahrungsgemäß relativ selten unter dieser Bezeichnung auf, teils weil der Name den Parteien nicht bekannt ist, teils weil man sich scheut, das Geschäft als Sicherungsvertrag zu kennzeichnen. Häufig sind vor allem die «Sicherungskäufe», von denen bereits die Rede war¹². Handelt es sich dabei wirklich um einen Kauf, also um ein Umsatzgeschäft, so ist gegen das Konstitut nichts einzuwenden. Ist an Stelle des Kaufes eine Sicherungsübereignung gewollt, so wird sie ohne weiteres von ZGB Art. 717 erfaßt.

d) Benachteiligung Dritter

Eine solche Übereignung zum Zwecke der Sicherung ist *Dritten* gegenüber unwirksam. Das Gesetz spricht von *Dritten schlechthin*, die *Benachteiligung* dieser Dritten scheint nicht gefordert zu sein, wenn die besagte Gesetzesumgehung vorliegt. Das würde zu der erstaunlichen Konsequenz führen, daß der Fiduziar zwar Eigentümer wird, sein Recht aber keinem Dritten gegenüber geltend machen kann. Wir erhalten ein *relatives Eigentumsrecht* und damit eine *contradictio in adjecto*. Das dingliche Recht zeichnet sich ja gerade durch seine absolute, jedermann gegenüber durchsetzbare Wirkung aus. Wenn das Gesetz nun das Eigentum nur *inter partes* gelten läßt, so nimmt es diesem Eigentum einen Teil der Wirkung, die es überhaupt erst zum dinglichen Recht werden läßt. Das so übrigbleibende «Eigentum» wäre nur noch ein platonisches Surrogat. Der Fiduziant vermöchte jederzeit die übereignete Sache zu veräußern, ohne daß der Gläubiger sein Recht geltend machen könnte. Ferner würde im Konkurs des Fiduziars der Sicherungsgegenstand nicht zur Konkursmasse gehören, weil auch dort Dritte auftreten.

Indessen kann, trotz des anscheinend eindeutigen Wortlautes des Gesetzes nicht diese Wirkung gewollt sein. Das ergibt sich meines Erachtens aus einer teleologischen Interpretation von ZGB Art. 717. Unter

¹¹ Im Falle SJZ 33 (1936/37) 378 (Obergericht Aargau, vgl. auch VAargR 36 [1936] 11) ist es meines Erachtens zweifelhaft, ob ein gültiges Konstitut zustande kam.

¹² vgl. vorn 63 ff.

der Herrschaft des alten Obligationenrechts ließ das Bundesgericht, in Anlehnung an die in Deutschland bestehende Praxis, Sicherungsübereignungen auch *mit* Besitzkonstitut zu, weil sie im Dienste des allgemeinen Kreditbedürfnisses eine Notwendigkeit schien. Diese Verwendung der Sicherungsübereignung führt jedoch zu unerträglicher Benachteiligung der redlichen Gläubiger¹³, wie das die Verhältnisse in Deutschland zeigen. Eine solcherart mißbräuchliche Verwendung des Geschäfts wollte das ZGB verhindern. Es hat die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut jedoch nicht *schlechthin* verboten, sondern nur *in deren Wirkungen beschränkt*. Die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut soll solange gültig sein, als nicht Dritte durch das Geschäft zu Schaden kommen. «Le législateur a voulu empêcher que les tiers ne soient dupés par des apparences trompeuses», heißt es in einem Entscheid des Bundesgerichts¹⁴. Es würde jedoch über den Zweck der Norm hinausgehen, wollte man die Übereignung Dritten gegenüber *schlechthin* unwirksam erklären¹⁵. Nicht benachteiligte Dritte werden in ihrem Erwerbe ja auch sonst geschützt, wenn sie gutgläubig sind (ZGB Art. 714 II).

Als *Benachteiligter* erscheint jedermann, der in seiner Aussicht auf Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners beeinträchtigt wird. Dabei ist es gleichgültig, ob die Gläubigerschaft des Dritten vor oder nach der Sicherungsübereignung eingetreten ist¹⁶. Die Voraussetzungen der paulianischen Anfechtung (SchKG Art. 285 ff.) brauchen nicht erfüllt zu sein¹⁷.

Wirkungen: Erwirbt ein durch die Sicherungsübereignung benachtei-

¹³ vgl. ANDREAS VON TUHR, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, in: ZSR 40 (1921) 40 ff. S. 44 N. 9.

¹⁴ BGE 42 II 25.

¹⁵ in diesem Sinne auch:

Kommentar OFTINGER N. 292 zu Art. 884 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 4c zu Art. 717 ZGB.

VON TUHR/SIEGWART I 189 N. 29.

JOSEPH ENDERLE, Das Besitzkonstitut nach Art. 717 ZGB (Diss. Basel Maschinschrift 1941) 116 ff.

Urteil des aargauischen Obergerichts vom 7. Nov. 1933, in: SJZ 33 (1936/37) 378 ff. S. 379 und VAargR 36 (1936) 11.

¹⁶ vgl. Kommentar LEEMANN N. 21 zu Art. 717 ZGB.
ENDERLE a.a.O. 80 ff.

¹⁷ vgl. Kommentar LEEMANN N. 23 zu Art. 717 ZGB.
VON TUHR/SIEGWART I 189.
ENDERLE a.a.O. 83 ff.

ligter Dritter den Sicherungsgegenstand, so kommt der Fiduziar mit einer Vindikation nicht ans Ziel.

Im Konkurs des Schuldners wird der Fiduziar mit einer Aussonderungsklage (SchKG Art. 242) immer dann nicht durchdringen, wenn andere Gläubiger dadurch hintangesetzt würden. Dasselbe gilt für die Pfändung des Sicherungsgegenstandes beim Schuldner; eine Widerspruchsklage (SchKG Art. 107) des Fiduziars wird keinen Erfolg haben.

Im Konkurs des Fiduziars wird der Sicherungsgegenstand dann zur Konkursmasse gehören, wenn eine Benachteiligung der Gläubiger des Fiduzianten nicht zu erwarten ist.

Der Richter wird darüber nach seinem Ermessen befinden¹⁸.

e) Umgehungsabsicht

Noch eine weitere Schwierigkeit ergibt sich aus dem Wortlaute von ZGB 717, denn der Artikel spricht davon, daß die Umgehung *beabsichtigt* sein müsse. Eine Gesetzesumgehung ist normalerweise vollzogen, wenn sie tatsächlich vorliegt, ob sie von den Parteien bewußt vorgenommen wurde, ändert daran nichts. Würde man die Unwirksamkeit vom Bewußtsein der Parteien abhängig machen, so käme das einer Bevorzugung der Rechtsunkundigen gleich, zu Lasten der Gläubiger, die dadurch um ihr Recht gebracht würden.

Die Unstimmigkeit wird beseitigt, wenn man den Wortlaut in dem Sinne versteht, daß nicht die Umgehung an sich gewollt sein muß, sondern das *Rechtsgeschäft*, das den Tatbestand der Gesetzesumgehung erfüllt; d.h. wenn durch die Übereignung die Sicherung einer Forderung beabsichtigt ist¹⁹. Nur auf diese Weise werden Dritte wirklich vor Schaden

¹⁸ anderer Meinung: Kommentar LEEMANN N. 24 ff. zu Art. 717 ZGB.
OFTINGER 76 (vgl. jedoch Kommentar OFTINGER N. 292 zu Art. 884 ZGB)
VETSCH 90.

¹⁹ vgl. Kommentar OFTINGER N. 288 zu Art. 884 ZGB.
Kommentar LEEMANN N. 26 zu Art. 717 ZGB.
VON TUHR/Sieewart I 239 N. 43.
ERZER 90.
MAX CURT À WENGEN, ZGB Art. 717: Einschränkungen des constitutum possessorium, in: SJZ 39 (1942) 89 ff. S. 92.
BGE 42 II 25 ff.; Pra 5 (1916) 151 ff.
Urteil des bernischen Appellationshofes in Zivilsachen vom 4. April 1935, in: ZBJV 72 (1936) 653 ff. 655.
Urteil des aargauischen Obergerichtes vom 7. Nov. 1933, in: SJZ 33 (1936/37) 378 ff. S. 379 und VAargR 36 (1936) 11.

geschützt, der aus dem Umgehungsgeschäft resultieren kann. Weil Drittinteressen geschützt werden sollen, muß die *Tatsache* der Umgehung und nicht das Umgebungsbewußtsein der Parteien maßgebend sein²⁰.

Immerhin wird die Absicht zur Umgehung der Faustpfandbestimmung der Normalfall sein.

f) Unwirksamkeit gegenüber Dritten

Ein letztes Hindernis stellt sich in konstruktiver Hinsicht, indem die Natur des Dreiecksverhältnisses, Fiduziant – Fiduziar – benachteiligter Dritter, nicht ohne weiteres klar ist.

Art. 717 verbietet die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut nicht schlechthin; solange Dritte nicht benachteiligt werden, ist das Rechtsgeschäft vollauf gültig. Es hat ein Eigentumsübergang stattgefunden und der Fiduziar ist Eigentümer geworden. Er vermag sein Recht jedermann gegenüber durchzusetzen. Tritt neben ihm aber ein weiterer Gläubiger auf, der durch die fiduziarische Übereignung in seinen Chancen auf Befriedigung hintangesetzt wurde, wirkt sich das, wie sich das Gesetz ausdrückt, in der *Unwirksamkeit* des Eigentumsüberganges vom Fiduzianten auf den Fiduziar dem Dritten gegenüber aus. Der Fiduziar ist zwar Eigentümer geworden, dem Gläubiger gegenüber aber kann er es nicht geltend machen. Nachdem sonst im Gesetz der Begriff des Eigentums ein einheitlicher ist und die Unterscheidung persönliches-dingliches Recht eindeutig zum Ausdruck kommt, scheint hier ein Einbruch stattzufinden und die Duplizität des Eigentums im positiven Recht vorgesehen zu sein. Der Fiduziar ist an sich Eigentümer, dem benachteiligten Dritten gegenüber ist es aber der Fiduziant geblieben.

Die deutsche Lehre hat sich mit dieser Erscheinung grundsätzlich auseinandergesetzt, die herrschende Meinung spricht von «relativer Unwirksamkeit» einer Verfügung²¹. Das schweizerische Schrifttum hat den Gedanken übernommen²². Der Vorgang wird folgendermaßen erklärt:

²⁰ anderer Meinung: Otfinger 75 ff. (vgl. jedoch Kommentar OTFINGER, N. 288 zu Art. 884 ZGB).

VETSCH 219.

²¹ vgl. VON TUHR, BÜR I 69 ff. und II 327 ff.

ENNECERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I Einleitung, Allgemeiner Teil (13. Bearbeitung Marburg 1931) 614 ff.

MARTIN WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Sachenrecht (9. A. Marburg 1932) 312 ff.

²² VON TUHR/SIEGWART I 188 ff.

Grundsätzlich sind Verfügungen für jedermann bedeutsam. Das Gesetz kann jedoch Ausnahmen vorsehen und Verfügungen mit relativer Wirkung ausstatten, diese sind für alle wirksam, außer für bestimmte Personen, denen ein besonderer Schutz zugestanden werden soll. Wird Eigentum von A auf B übertragen, so ist B zwar Eigentümer geworden, aber in bezug auf bestimmte Personen X ist A Eigentümer geblieben. Es erfolgt eine Zweiteilung des Rechtssubjektes. Für X hat eine Über-eignung nie stattgefunden, der Richter hat diesen Zustand nur noch fest-zustellen, das Urteil hat einzig deklaratorische Bedeutung.

Im schweizerischen Recht scheint diese relative Unwirksamkeit ver-schiedentlich zum Ausdruck zu kommen:

SchKG Art. 204 bezeichnet Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam.

ZGB Art. 924 II statuiert hinsichtlich der Übereignung durch Besitz-anweisung, daß der Eigentumsübergang dem Dritten gegenüber nur wirksam ist, wenn ihm der Veräußerer darüber Anzeige erstattet.

Ein anderes Beispiel hat im Aktienrecht die Autoren besonders be-schäftigt: Die Übertragung vinkulierter Namenaktien kann ohne weiteres durch Indossament erfolgen. Der Gesellschaft gegenüber gilt jedoch der Veräußerer weiter als Aktionär, bis der Erwerber im Aktienbuch ein-getragen worden ist (OR Art. 684/5)²³.

ADOLF ZYCHA, Eigentumsverfolgung und Verkehrsschutz bei Fahrnis nach dem schweizerischen Civilgesetz-Entwürfe, in: ZSR 22 (1903) 74 ff. S. 130 N. 112.

ENDERLE a.a.O. 75 ff.

²³ Das Problem findet insofern eine Lösung, als eine Spaltung zwischen *Vermögens-rechten* und *Mitverwaltungsrechten* angenommen wird. Erstere gehen an den Erwer-ber über, während letztere beim Buchaktionär verbleiben. Damit wird die Kon-struktion der relativen Unwirksamkeit umgangen.

Die ganze Frage der Übertragung vinkulierter Namenaktien ist umstritten. vgl. etwa PAUL CARRY, *Considérations sur le transfert des actions nominatives*, in: Festgabe für Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht (Basel 1934) 30 ff.

WOLFHART F. BÜRGI, Überlegungen zum Verkauf vinkulierter Namenaktien, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweizerischem Recht (Zürich 1950) 199 ff.

PETER JÄGGI, Der Erwerb von Namenaktien durch Rechtsgeschäft oder Erbgang, in: SAG 23 (1950/51) 153 ff., 173 ff. u. 193 ff.

EMIL SCHUCANY, Die Übertragung des Eigentums an vinkulierten Namenaktien, in: SJZ 41 (1945) 177 ff.

ALFRED WIELAND, Das Eigentum an vinkulierten Namenaktien und die Rechts-mittel des Aktionärs vor seinem Eintrag im Aktienbuch, in: SJZ 42 (1946) 65 ff. ders., Zum Stimmrecht der vinkulierten Namenaktie, in: SJZ 48 (1952) 1 ff. und 17 ff.

In Deutschland dient die Annahme der Duplizität des Rechtsobjektes auch zur Konstruktion eines Aussonderungsrechtes des Fiduzianten im Konkurs des Fiduziars. Man geht von der Überlegung aus, der Fiduziar sei zwar Eigentümer gegenüber jedermann, nicht aber gegenüber dem Fiduzianten²⁴.

Aber gerade hier zeigt sich die Widersprüchlichkeit dieser Zerlegbarkeit des Rechts unter mehrere Träger der Zuständigkeit: Die Gläubiger des Fiduziars sind ja *Dritte* im Sinne dieser Konstruktion, ihnen gegenüber *ist* der Gemeinschuldner *Eigentümer*. Folglich wäre das gerade ein Grund *gegen* das Aussonderungsrecht des Fiduzianten. Man kann nicht argumentieren, die Gläubiger des Fiduziars hätten deshalb kein Zugriffsrecht, weil der Gemeinschuldner nicht *mehr* zu seinem Vermögen zählen könne, als ihm *wirklich* gehöre. Dann wäre der Fiduziant nämlich auch in allen übrigen Fällen, wo er als Eigentümer auftreten *soll*, ein *Nichtberechtigter*²⁵. Damit würde man aber die Möglichkeit fiduziarischer Rechtsgeschäfte schlechthin negieren.

Der Begriff der relativen Rechtszuständigkeit führt notwendigerweise zu unlösbaren Widersprüchen, er läßt sich ab absurdum führen.

VON TUHR bezeichnet denn auch selbst die Duplizität des Eigentums als eine *abnorme Rechtsfigur*²⁶ und schlägt in seinem «allgemeinen Teil des OR» für die besonderen Fälle der Verfügungsbeschränkungen eine andere Lösung vor²⁷. Immerhin behält er die Konstruktion für die übrigen genannten Bestimmungen bei²⁸.

Ich glaube, daß man auch bei ZGB Art. 717 auf dieses artifizielle Gebilde verzichten kann.

Zwei Konstruktionsmöglichkeiten sind denkbar, die den Begriff des relativen Eigentums vermeiden:

1. B. erwirbt das Eigentum nur resolutiv bedingt. Mit dem Auftreten

²⁴ vgl. die hinten 155 zitierte Literatur, ferner WOLFF, Sachenrecht a.a.O. 313.

Gegen die ganze Lehre von der relativen Unwirksamkeit trat vor allem OERTMANN auf: vgl. PAUL OERTMANN, Das Problem der relativen Rechtszuständigkeit, in: Jb 66 (1916) 130 ff.

²⁵ vgl. des weiteren die grundlegenden Ausführungen bei OERTMANN a.a.O.

²⁶ VON TUHR, BÜR I 72.

²⁷ VON TUHR/SIEGWART 210 ff.

²⁸ VON TUHR/SIEGWART 188 ff.

des Gläubigers X erfüllt sich die Bedingung, und das Eigentum fällt ipso jure an den Veräußerer zurück²⁹.

Diese Annahme würde den logischen Widerspruch der relativen Rechtszuständigkeit lösen, hingegen scheint die regelmäßige Implizierung der Bedingtheit zum mindesten fraglich.

2. Unbedenklicher ist ein anderes Verfahren:

B erwirbt bedingungslos Eigentum. Steht die Benachteiligung eines X in Frage, hat dieser nach ZGB Art. 717 an den Richter zu gelangen, welcher darüber entscheiden wird, ob eine Benachteiligung überhaupt vorliegt. Trifft das zu, fällt durch das richterliche Urteil mit konstitutiver Wirkung ex nunc das Eigentum an A zurück.

Das scheint die natürlichste Lösung zu sein und der Eigenart des Art. 717 ZGB am ehesten Rechnung zu tragen, da das Gesetz den Entscheid an sich schon dem Richter anheimstellt. Jedenfalls sollte nicht an der künstlichen, widerspruchsvollen Konstruktion der relativen Unwirksamkeit festgehalten werden, die den klaren Eigentumsbegriff verwischt, wenn auf anderem Wege eine angemessene Lösung gefunden werden kann.

Der Art. 717 erfährt durch diese Auslegung keine Vergewaltigung. Der Zweck bleibt durchaus gewahrt, und die Stellung des Dritten wird nicht erschwert; eine Erschwerung träte nur ein, wenn er die Übereignung in einem besonderen Verfahren anfechten müßte. So aber wird er an sich schon an den Richter gelangen, um seine Benachteiligung und die Gesetzesumgehung nachzuweisen und das Urteil wird zugleich darüber entscheiden, wem das Eigentum zusteht.

Das bringt allerdings die Konsequenz mit sich, daß der Fiduziar bei einem Urteil zugunsten des Dritten sein Eigentum verliert und sich nicht später darauf berufen kann, die Übereignung sei nur dem Dritten gegenüber unwirksam.

B. Übergabe durch Besitzanweisung und *brevi manu traditio*

Daß eine Sicherungsübertragung des Eigentums durch *brevi manu traditio* oder Besitzanweisung *zulässig* ist, kann keinem Zweifel unterliegen, da die Sache in beiden Fällen der ausschließlichen Gewalt des Schuldners entzogen ist³⁰.

²⁹ Der Vorschlag stammt von STROHAL. vgl. EMIL STROHAL, Über relative Unwirksamkeit, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (Wien 1911) 747 ff. S. 800.

³⁰ vgl. Kommentar OFTINGER, N. 251 ff. und 254 ff. zu Art. 884 ZGB.

Besitzanweisung wird immer dann vorliegen, wenn Sachgesamtheiten, die in besonderen Lagerhäusern aufbewahrt sind, Objekt der Sicherungsübereignung bilden. Der Schuldner wird das Lagerhaus anweisen, die Waren auf den Namen des Gläubigers umzuschreiben, der von diesem Augenblick an als Eigentümer auftritt³¹.

§ 9. Der gültige Rechtsgrund

I. Kausale und abstrakte Tradition

A. Das Problem

Die Frage nach der Natur der Eigentumsübertragung an Fahrnis liegt in der Tatsache begründet, daß das ZGB zwar in Art. 974 II die Gültigkeit der Eigentumsübertragung an Grundstücken vom Vorhandensein eines gültigen Rechtsgrundes abhängig macht, sich aber andererseits über die Natur der Eigentumsübertragung an Fahrnis nicht ausspricht und die Frage deshalb offen läßt, ob sie kausaler oder abstrakter Natur sei.

Literatur und Rechtsprechung haben sich mit der Problematik eingehend befaßt, ja, es scheint, daß man hier vor einer der umstrittensten privatrechtlichen Fragen der letzten Dezentennien steht.

Die Antwort ist für uns insofern von Bedeutung, als in der Doktrin die abstrakte Natur der Eigentumsübertragung immer wieder als *conditio sine qua non* für die Gültigkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäftes be-

³¹ vgl. zu dieser Art Sicherungsübereignung, die meistens Banken gegenüber vorgenommen wird:

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 257 ff.

RUDOLPH J. KADERLI, Die Sicherung des Bankkredites (Diss. Bern 1938) 76 ff. anderer Meinung: RENÉ TRACHSEL, Die Warenverpfändung zur Sicherung des Bankkredites (Diss. Bern 1949) 95 ff., welcher an Stelle einer Sicherungsübereignung nur eine Verpfändung annimmt, vor allem weil die Parteien ihr Geschäft so benennen. Meines Erachtens liegt hier regelmäßig eine Sicherungsübereignung vor: Die Bank tritt als Eigentümerin der Waren auf, sie ist dem Lagerhaus gegenüber *allein Verfügungsberechtigt*. Es liegt das für die fiduziarischen Rechtsgeschäfte typische Divergieren von Können und Dürfen vor. Daß die Parteien ihr Geschäft Verpfändung nennen und sich so verhalten wie *Pfandschuldner* und *Pfandgläubiger*, hat für die rechtliche Qualifikation des Vertrages keine Bedeutung. Im Innenverhältnis kann sehr wohl nur der Erfolg einer Verpfändung gewollt sein: Das Auseinanderfallen von Innen- und Außenverhältnis prägt ja gerade den Charakter des fiduziarischen Rechtsgeschäftes.

trachtet wurde. Nur solange der Eigentumsübergang unabhängig vom Grundgeschäft erfolge, sei das fiduziarische Rechtsgeschäft möglich, denn der zugrundeliegende *wirtschaftliche Zweck* rechtfertige die Übereignung *nicht*. Fällt deshalb die Entscheidung zugunsten der kausalen Tradition, so wird uns das Gebilde des Rechtsgrundes weiterhin beschäftigen müssen.

In der Folge sei darum auf die Bedeutung des Unterschiedes zwischen kausaler und abstrakter Tradition kurz eingegangen (B), die Argumente pro und contra rudimentär zusammengefaßt (C), des weiteren aber auf die Würdigung verwiesen, die das Thema in Judikatur und Doktrin gefunden hat (D).

B. Gegenüberstellung der unterschiedlichen Wirkungen

Es liegt auf der Hand, daß die Eigentumsübertragung, wie jede Rechtswirkung, eine Ursache hat: Dem dinglichen Akt der Übereignung geht ein obligatorisches Grundgeschäft voraus. *Logisch* ist deshalb *jede* Eigentumsübertragung *kausal*. Eine andere Frage ist aber, ob sie auch *rechtlich* kausal sei, d. h. ob das Gesetz eine solche Abhängigkeit von Ursache (dem Parteiwillen in toto) und Wirkung (der Eigentumsübertragung) vorsieht. Unter Umständen kann es wünschenswert scheinen, nur jenem Teil des Parteiwillens rechtliche Bedeutung zukommen zu lassen, der die dingliche Rechtsänderung verursacht, während der Rest der Parteivereinbarung rechtlich irrelevant bleibt. Folge ist dann die Immunität des dinglichen Aktes gegen Fehler, die dem obligatorischen Grundgeschäft anhaften können.

Der Unterschied ist nicht unwesentlich, manifestiert sich allerdings, wie sich aus dem Gesagten ergibt, erst, wenn ein Mangel am Grundgeschäft auftritt: Ist die Übereignung abstrakt erfolgt, so ist mit erfolgter dinglicher Einigung der Erwerber Eigentümer geworden, trotz des Mangels einer gültigen causa, und dem Veräußerer steht einzig die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung zur Verfügung, die als obligatorische Klage nur einen Anspruch auf die Person des Erwerbers gibt. Anders liegen die Verhältnisse bei der kausalen Eigentumsübertragung. Hier wirkt sich ein Mangel im Grundgeschäft entscheidend aus, indem ein Übergang des Eigentums gar nie zustande kam, der Veräußerer deshalb die Sache mit der rei vindicatio zurückholen kann.

Derselbe Unterschied äußert sich im Konkurs des Erwerbers. Dort kann sich der Veräußerer nur bei kausaler Eigentumsübertragung auf ein mangelhaftes Grundgeschäft berufen und, da er sich des Eigentums

nie begeben hat, steht ihm bei Pfändung die Widerspruchsklage (SchKG Art. 106/7) bzw. im Konkurs die Aussonderungsklage (SchKG Art. 242) zu. Umgekehrt wiederum beim abstrakten Eigentumserwerb: Der Veräußerer vermag sich nicht auf den Mangel am Grundgeschäft zu stützen, denn der Erwerber ist unabhängig vom obligatorischen Grundgeschäft Eigentümer geworden. Weder das Aussonderungsrecht, noch die Widerspruchsklage können Raum greifen.

Abstrakte Eigentumsübertragung läßt deshalb dem Erwerber (auch dem arglistigen) größeren Schutz angedeihen, bei kausaler Eigentumsübertragung stehen die Interessen des Veräußerers im Vordergrund¹.

C. Die Kontroverse

Die Verfechter der abstrakten Eigentumsübertragung stützen sich vor allem auf die Existenz des Systems der Klagen aus ungerechtfertigter Bereicherung (OR Art. 62 ff.), die bei kausaler Konzeption obsolet würden². Das Gleichgewicht des Gesetzesganzen würde eine Störung erfahren; der Wille des historischen Gesetzgebers weise auf abstrakten Eigentumserwerb.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Wirkungskreis der Kondiktionen zwar eingeschränkt, nicht aber dahinfallen würde³, daß die Konstruktion des Gesetzes und der Wille des historischen Gesetzgebers in dem Momente nicht mehr maßgebend sein können, wo man erkannt hat, daß eine bestimmte Konzeption den Verhältnissen nicht mehr gerecht wird⁴. Darüber

¹ vgl. des weiteren Kommentar HAAB N. 17 ff. zu Art. 714 ZGB.

OFTINGER 84 ff.

² ANDREAS VON TUHR, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, in: ZSR 40 (1921) 40 ff., 68 und die bei HAAB N. 26 zu 714 ZGB aufgeführten.

³ BGE 55 II 308/9.

Kommentar HAAB N. 26 zu Art. 714 ZGB.

OFTINGER 119 ff.

HOWALD 120.

OTTO EGER, Kausale Tradition und Kondition im neuen schweizerischen Recht, in: ZSR 33 (1914) 334 ff. 338.

⁴ Kommentar HAAB N. 26 zu Art. 714 ZGB.

AUGUST SIMONIUS, Gesetzesauslegung und wissenschaftliche Tradition, in: Basler Festgabe für Paul Speiser (Basel 1926) 83 ff., 84, 90 ff.

OFTINGER 100 ff.

EGER a.a.O. 348 ff.

HOWALD 118 ff.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber (Habilitationsschrift Zürich 1951) 128.

aber kann kein Zweifel bestehen, daß die kausale Eigentumsübertragung die natürlichere und gerechtere Lösung bildet. Die Eigentumsübertragung ist niemals Selbstzweck, ihre Loslösung vom Grundgeschäft ist konstruiert und artifizuell. Die Existenz eines besonderen dinglichen Vertrages, dem bei Abstraktion allein Bedeutung zukommt, ist dem Laien nicht bekannt.

Eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit⁵ findet aber mit kausaler Auffassung auch nicht statt, dafür sorgt der Schutz des gutgläubigen Dritterwerbers in genügender Weise⁶.

Weiter würde es meist schwer halten, Mängel des obligatorischen Vertrages von solchen der dinglichen Einigung zu scheiden⁷. Auch verlangt die Formlosigkeit der Tradition nach Abhängigkeit von der causa, denn kein solenner Akt sorgt bei der Übergabe für Besinnung auf die Bedeutung des Geschäftes⁸.

D. Bejahung des kausalen Prinzips

Diese Vorteile sind heute fast durchweg anerkannt.

a) In der Judikatur

Das *Bundesgericht* hat an der abstrakten Konzeption, die es vor Erlaß des ZGB vertrat (BGE 34 II 812), nicht mehr festgehalten und sich in seinem viel zitierten und grundlegenden Entscheide (BGE 55 II 302) zur Kausalität bekannt und seither daran festgehalten⁹.

⁵ Kommentar LEEMANN N. 23 zu Art. 714 ZGB.
VON TUHR a.a.O. 68

⁶ Kommentar HAAB N. 27 zu Art. 714 ZGB.
SIMONIUS, in: Festgabe Speiser a.a.O. 89.

⁷ Kommentar HAAB N. 31 zu Art. 714 ZGB.
VON TUHR a.a.O. 72.
OFTINGER 91 ff.
HOWALD 122 ff.

⁸ Kommentar HAAB N. 25 zu Art. 714 ZGB.
Kommentar WIELAND N. 36 zu Art. 714 ZGB.
EGER a.a.O. 338.

⁹ BGE 56 II 210; 64 III 183; 65 II 65; 67 II 160.

vgl. auch ERICH-HANS KADEN, Zum Problem der Fahrnisübereignung im schweizerischen Recht, in: Festschrift für Justus Wilhelm Hedemann (Jena 1938) 245 ff. und ANTONINO JANNER, Wandlungen der Bereicherungslehre im schweizerischen Recht, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 16 (Basel 1943) 19 ff.

Neuerdings hat das Zürcher Obergericht wieder im Sinne abstrakter Tradition entschieden, allerdings unter Bezugnahme auf eine *einzelne* Lehrmeinung.

vgl. BIZR 37 (1938) 68 Nr. 35.

b) In der Doktrin

Die Frage war in der Doktrin seit dem Erlaß des ZGB immer lebhaft behandelt worden und wurde auch nach der eindeutigen Stellungnahme des Bundesgerichtes wiederholt aufgegriffen. Die Stimmen, die nach kausaler Tradition verlangen, haben sich jedoch in einem Maße verdichtet, daß von einer Kontroverse kaum mehr gesprochen werden kann und die Ausführungen Haabs (Kommentar Haab N. 16 ff. zu Art. 714 ZGB) scheinen das Problem für einige Zeit erschöpft zu haben¹⁰.

¹⁰ vgl. als Opponenten etwa:

als Vertreter des abstrakten dinglichen Vertrages:

Kommentar LEEMANN N. 35 der Einleitung, N. 23 zu Art. 714 ZGB.

VON TUHR a.a.O. 40 ff.

VON TUHR/SIEGWART OR I 194 (SIEGWART hat in der zweiten Auflage [1942] an den Ausführungen von Tuhrs inhaltlich nichts geändert, obschon der Bearbeiter selbst ein Vertreter der kausalen Wirkung der Tradition war. vgl. das Vorwort zur 2. A. VI).
SAMUEL BOVAY, *Acte translatif de propriété et condition* (Diss. Lausanne 1938) 72 ff.
ANTOINE FAVRE, *Essai sur la cause des obligations en droit suisse* (Diss. Fribourg 1927) 110 ff.

MAX JENNY, *Der Eigentumsübergang bei den Handelsgesellschaften des schweizerischen Rechts*. Abh. z. schweiz. Recht H. 100 (Bern 1924) und die weiter bei
HAAB N. 24 zu Art. 714 ZGB Zitierten.

als Vertreter der kausalen Natur der Tradition:

Kommentar WIELAND N. 3 b und 3 c zu Art. 714 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 7 zu Art. 922 ZGB.

Kommentar HOMBERGER N. 15 zu Art. 922 ZGB.

AUGUST SIMONIUS, *Quelques remarques sur la cause des obligations endroit suisse*, in: *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant* (Paris 1938) 753 ff., 757.
ders., *Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums*, in: *Festschrift für Theo Guhl. Vom Kauf nach schweizerischem Recht* (Zürich 1950) 41 ff., 46.

ders., in: *Festgabe Speiser a.a.O.* 83 ff.

OFTINGER.

PETER TUOR, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch* (5. A. Zürich 1948) 521.

WALTER YUNG, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse* (Diss. Genf 1930) 153 ff.

ISAAC ISFLIN, *Abstrakte Tradition in besonderen Fällen* (Diss. Basel Maschinenschrift 1933).

ALBERT MATTER, *Causale Tradition und condictio* (Diss. Basel Maschinenschrift 1929) insbesondere 11 ff.

EGER a.a.O. 334 ff.

GERSTLE 125 ff.

REYMOND 9 ff.

HOWALD 100 ff.

JANNER a.a.O. 19 ff.

E. Anhang: Verzicht auf den dinglichen Vertrag

Solange die Tradition abstrakt konzipiert war, schien die Annahme einer besonderen Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang notwendig, damit nicht die Besitzübertragung als zu einem anderen Zweck erfolgt, aufgefaßt werden konnte. Es handelt sich beim dinglichen Vertrag um eine reine Fiktion¹¹, und als solche ein reichlich schwer faßliches Objekt. Das Gebilde läßt sich kaum anders vorstellen denn als Bestandteil des Rechtsgrundgeschäftes, dem als einzigem Teil desselben rechtliche Bedeutung zukam, während von allen übrigen Teilen der *causa* abstrahiert wurde.

Mit der Annahme der kausalen Übereignung verliert auch der dingliche Vertrag seine Berechtigung. Er würde nur nochmals ausdrücken, was schon Bestandteil jeder *causa* einer Übereignung sein muß, nämlich der *consensus de dominio transferendo et accipiendo*. Die dingliche Einigung ist Bestandteil des rechtlich relevanten Willens der Parteien, der bei kausaler Übereignung an sich schon beachtlich ist¹².

EMIL STROHAL, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, in: Leipziger Zeitschrift 3 (1909) 610 ff., 614 ff. und die weiter bei HAAB N. 24 zu Art. 714 ZGB Zitierten.

¹¹ Die von HOWALD 31 ff. durchgeführte Untersuchung der bundesgerichtlichen Praxis in dieser Materie ergab in keinem der Fälle ein *tatsächliches* Vorliegen eines dinglichen Vertrages.

¹² Schon SIMONIUS (in: Festgabe Speiser a.a.O. 101) und OFTINGER (130 ff.) unterziehen den dinglichen Vertrag einer Kritik. Die Arbeit von HOWALD hat dieser Konstruktion, meines Erachtens, den Boden endgültig entzogen und SIMONIUS bezieht in seiner Ergänzung des Haab'schen Kommentars nach ausführlicher Erörterung eindeutig Stellung gegen den dinglichen Vertrag (N. 34 ff. zu Art. 714 ZGB). Inwieweit HAAB am dinglichen Vertrag weiterhin festgehalten hätte, geht nicht hervor, immerhin nennt er ihn noch als Voraussetzung der Eigentumsübertragung (N. 13 zu Art. 714 ZGB; noch deutlicher N. 13 zu Art. 656 ZGB, vgl. weiter die Anmerkung des Ergänzers in N. 35 zu Art. 714 ZGB).

vgl. auch SIMONIUS, in: Festschrift Guhl a.a.O. 41.

und Kommentar OFTINGER N. 300 ff. zu Art. 884 ZGB.

am dinglichen Vertrag halten fest:

VON TUHR a.a.O., in: ZSR 40 (1921) 66 ff.

BGE statt vieler 55 II 304.

THEO GUHL, Persönliche Rechte mit verstärkter Wirkung, in: Festgabe zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des schweizerischen Bundesgerichtes (Bern 1924) 93 ff., 98.

OFTINGER 56 ff.

JANNER a.a.O. 22.

und die weiter bei HAAB N. 34 zu Art. 714 ZGB Zitierten.

II. Der Rechtsgrund der fiduziarischen Übereignung

A. Das Problem

Die Bejahung der kausalen Natur der Übereignung bringt für uns insofern eine Schwierigkeit, als sich die Eigentumsübertragung zu fiduziarischen Händen nicht unter eine der traditionellen *causae* (die Tri-chotomie *causa solvendi*, *causa credendi*, *causa donandi*) subsumieren läßt.

Als causa einer Zuwendung wird meist der ihr unmittelbar zugrunde liegende Zweck bezeichnet: dieser allein sei rechtlich relevant. Man zahlt z. B. eine Geldsumme, um eine Schuld zu tilgen oder eine Schenkung vorzunehmen. *Der Zweck deckt sich jeweilen genau mit dem Erfolg, der erreicht werden soll.* Er bildet quasi das Relief, nach dem sich die Form des nachfolgenden Rechtsgeschäftes richtet.

Beim fiduziarischen Rechtsgeschäft besteht nun die Eigenart, daß der unmittelbare Zweck des Rechtsgeschäftes weniger weit geht als die Mittel, die die Parteien dazu verwenden: Man überträgt das Eigentum an einer Sache, bezweckt ist aber nur etwa deren Verwaltung oder die Sicherung einer Forderung. Die Übertragung zu Eigentum ist keineswegs etwa nicht gewollt, sie bildet aber nur, mangels eines geeigneteren, beschränkteren und konformen, ein zu weit gehendes Mittel.

Beharrt man deshalb dabei, *causa* der Eigentumsübertragung sei der ihr zugrunde liegende unmittelbare Zweck, so kommt man notwendigerweise zum Schluß, der fiduziarischen Übereignung fehle der gültige Rechtsgrund, die Möglichkeit fiduziarischen Eigentums stehe und falle mit der abstrakten Natur der Eigentumsübertragung¹³. Dem wurde entgegen-

¹³ VON TUHR/SIEGWART 194/5.

OFTINGER 73, 135 ff. (vgl. jedoch Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 und 246).

GERSTLE 130 ff.

GUBLER 158 ff.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 6 vor 164 OR.

EMIL STROHAL, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, in: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht 3 (1909) 610 ff., 614.

MAX G. H. WOLFF, Wesen und Voraussetzungen der Zession (Diss. Zürich 1917) 91 ff.

ferner die gesamte deutsche Lehre, vgl. etwa:

HERMANN KRIEGSMANN, Der Rechtsgrund (*causa*) der Eigentumsübertragung (Berlin 1905) 73 ff.

gehalten, ein so enger Begriff der causa sei nicht angängig, Rechtsgrund der fiduziarischen Übereignung sei gerade die Verwaltung oder die Sicherung¹⁴.

Die Frage kann erst entschieden werden, wenn man sich geeinigt hat, was der Rechtsgrund überhaupt sei.

In der Literatur sucht man vergeblich nach einem einheitlichen Begriff. Schon die Bedeutung des Wortes «causa» allein stiftet allerlei Unordnung in der Terminologie: Grund, Beweggrund, Bestimmungsgrund, Absicht, Motiv, Ziel, Zweck, begrifflicher-außerbegrifflicher Wille¹⁵, Voraussetzung¹⁶, Causalberedung¹⁷, Zweckvorstellung, subjektive-objektive Grundvorstellung¹⁸, objektiver-subjektiver Rechtsgrund¹⁹, primärer-sekundärer Rechtsgrund²⁰ werden oft in recht esoterischer Weise verwendet: unsere Sprache ist ein unbeholfenes Ausdrucksmittel, wenn es gilt, psychische Vorgänge festzuhalten.

Die Begriffsverwirrung beruht zum Teil wohl darauf, daß sich die Frage nach dem Wesen der causa, solcherart gestellt, gar nicht in allgemeingültiger Weise beantworten läßt²¹. Das scheint auch der primäre Grund aller Divergenzen zu sein, daß man sich schon über die Frage nicht zu einigen vermag. Dann liegt die Gefahr jeweilen nahe, daß alle Diskussion im Wortstreit endet²².

VON TUHR, BÜR III 185 ff.

ENNECERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I Einleitung, Allgemeiner Teil (13. Bearbeitung 1931) 452 ff.

¹⁴ Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 und 246.

REICHWEIN 324.

ERZER 53 ff.

BERGMAIER 47 ff.

MAX RUDOLF KUMMER, Beiträge zur Lehre von der causa (Diss. Bern 1942) 61 ff.

¹⁵ PHILIPP LOTMAR, Über Causa im römischen Recht (München 1875) 43.

¹⁶ BERNHARD WINDSCHEID, Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (Düsseldorf 1850) 1 ff.

¹⁷ OTTO KARLOWA, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung (Berlin 1877) 161 ff.

¹⁸ GUBLER 159.

¹⁹ CARL WIELAND, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen (Basel 1901) 12. HOWALD 43 ff.

FRITZ KLINGMÜLLER, Der Begriff des Rechtsgrundes (Breslau 1901) 2 ff.

²⁰ KLINGMÜLLER a.a.O. 5 ff.

BERGMAIER 45 ff.

²¹ «causa» ohne einen dazugesetzten Genetiv hat überhaupt keinen Sinn. KLINGMÜLLER a.a.O. 2.

²² Eigenartig ist auch, wie sehr sich besonders die deutsche Lehre in ihrer Bemühung um differenzierte Begriffsbildung vom Zweck eines Institutes zu entfernen ver-

Dazu kommt, daß sich in der schweizerischen Lehre von der *causa* fremdes Rechtsgut unter arteigenes mischt, trotzdem sich in Deutschland und Frankreich die Frage in anderer Weise stellt.

So steht das Problem in Deutschland im Zusammenhang mit der Lehre vom abstrakten dinglichen Geschäft. Die Berufung auf eine mangelhafte *causa* gibt in Form der Kondiktion die notwendige Korrektur unrechtmäßig erfolgter Vermögensverschiebungen²³.

In Frankreich wiederum, wo die «*causa*» Gültigkeitsvoraussetzung jedes Rechtsgeschäftes ist (Art. 1108 *code civil*), sucht man auf diese direkte Weise dem Willen der Parteien die gebührende Rolle zukommen zu lassen²⁴.

Die Schweiz hinwiederum kennt einerseits als abstrakte Verfügungen nur (und wie lange noch?) die Zession, andererseits wird dem Vertragswillen der Parteien auch auf andere Weise besondere Beachtung geschenkt (Vertrauensprinzip), so daß weder die gemeinrechtliche, noch die französische Eigenart der Causalehre für unser Recht ohne weiteres zutrifft²⁵.

mag, so daß schlußendlich das Behandelte noch als bloßes Noumenon besteht. Diese Gefahr wohnt jeder wissenschaftlichen Tradition inne: «Hat eine Lehre durch fortgesetzte Verwendung bestimmter Begriffe eine feste Gestalt erhalten, so kann es geschehen, daß die Erinnerung an den Zweck verblaßt, wofür sie ursprünglich gedacht war. Sie erhält gleichsam eine Eigenbewegung und entwickelt sich nur noch nach der in ihren eigenen Begriffen enthaltenen Logik.» AUGUST SIMONIUS, in: Festgabe Juristentag 1942 a.a.O. 239.

Im gleichen Sinne: PHILIPP HECK, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft (Tübingen 1937) 4.

²³ Eine Tendenz zur Aversion vom abstrakten dinglichen Rechtsgeschäft besteht jedoch auch in Deutschland.

vgl. schon EMIL STROHAL, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in: JJB. 27 (1889) 335 ff. und PHILIPP HECK, Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft (Tübingen 1937).

²⁴ «En faisant de la cause un élément nécessaire de l'obligation, le code civil français a entendu s'opposer au formalisme juridique. Il s'attache, en matière de contrats, à toutes les nuances de l'opération juridique, au lieu de s'en tenir à une apparence de surface de se contenter de l'expression d'une promesse sans exiger que soit révélée l'opération économique réelle à laquelle elle se rattache.»

EUGÈNE GAUDEMET, Théorie générale des obligations (Paris 1937) 134.

vgl. auch JANNER 10 und BERNHARD STAEHELIN, Die Novation, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 23 (Basel 1948) 121 ff.

²⁵ Das *Schrifttum* ist außerordentlich umfangreich. Reiche Literaturangaben zur deutschen Lehre von der *Causa* finden sich vor allem bei CARL WIELAND, Der Wechsel und seine civilrechtlichen Grundlagen (Basel 1901), VON TUHR, BÜR III

Kann ein feststehender Causabegriff der Doktrin nicht entnommen werden, ist eine kritische Sichtung nicht zu umgehen.

62 ff., HOWALD und JOSIAS BÄTSCHI, Das Schuldbekenntnis nach Schweizerrecht (Diss. Zürich 1925).

Für die *französische Lehre*: HENRI CAPITANT, De la cause des obligations (mehrere Auflagen, 1. Paris 1923) und ANDRÉ ROUAST, L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile, in: Revue trimestrielle de droit civil 21 (1922) 35 ff.

JOHNNY G. WITTMANN, Grundbedingungen der ungerechtfertigten Bereicherung im schweizerischen und französischen Recht (Diss. Zürich 1943), SIMONIUS, in: Etudes Capitant a.a.O., FAVRE a.a.O. und JANNER a.a.O.

Zur Genesis der Causalehre vgl. die umfassende Studie von JOHANNES GEORG FUCHS, Justa causa traditionis in der Romanistischen Wissenschaft, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, H. 35 (Basel 1952).

Den größten Einfluß auf die *Entwicklung* übte wohl die Schule der Pandektisten. Die dort gebildeten Begriffe finden sich nachher im gesamten Schrifttum wieder: «Der Zweck, Bestimmungsgrund, causa, einer Vermögenszuwendung kann sehr verschieden sein. Schuldtilgung (causa solvendi), Schuldbegründung (causa credendi), Schenkung (causa donandi) sind nur die häufigsten.»

FERDINAND REGELSBERGER, Pandekten I (Leipzig 1893) 608.

«Das Ziel, welches das Geschäft nach der Vorstellung des Geschäftsschließenden erreichen soll, bildet dessen Zweck, causa im subjektiven Sinne. Von objektiver causa spricht man, wenn sich dieser Zweck verwirklicht.» HEINRICH DERNBURG, System des Römischen Rechts I (8. A. bearbeitet von Paul Sokolowski, Berlin 1911). 165 ff.

vgl. auch BERNHARD WINDSCHEID, Lehrbuch des Pandektenrechts II (9. A. bearbeitet von Theodor Kipp, Frankfurt am Main 1906) 312 ff.

ferner VON TUHR, BüR III 63: «Den für die rechtliche Bedeutung einer Zuwendung maßgebenden Zweck kann man den rechtlichen Zweck der Zuwendung nennen. Als technische Bezeichnung empfiehlt sich der . . . Ausdruck: causa, . . .».

Diese Umschreibung hat VON TUHR auch in seinen allgemeinen Teil des Obligationenrechts übernommen.

vgl. VON TUHR/SIEGWARD I 191 ff.

Sehr oft wird unter «causa» die Gegenleistung verstanden:

«La cause . . . est donc simplement la contre-partie soit de l'appauvrissement, soit de l'enrichissement, contre-partie qui consiste dans la considération d'une contre-prestation, d'un avantage personnel ou d'un motif moral . . .», ROUAST a.a.O. 76.

«Unter der causa einer durch den Parteiwillen gesetzten Rechtswirkung versteht man am besten einen anderen Rechtseffekt, der durch den gleichen Parteiwillen mit ihr als Äquivalent zu einem einheitlichen Rechtsgeschäft zusammengefügt wird», ARTHUR BAUMGARTEN, Bemerkungen zur Lehre von der «causa», in: Festgabe für Carl Wieland, Beiträge zum Handelsrecht (Basel 1934) 1 ff. 1.

Weitere Definitionssammlungen bei

FAVRE a.a.O. 24 ff.

KLINGMÜLLER a.a.O. 8 ff.

BÄTSCHI a.a.O. 41 ff.

B. Der Begriff der causa (im Sinne der Fragestellung)

a) Die Kausalrelation im allgemeinen

Das Verhältnis von Bestehendem und Werdendem, von Ursache und Wirkung ist durch die Kausalrelation bestimmt, die auf empirischer²⁶ Gesetzmäßigkeit beruht. Wo etwas entsteht, beruht es immer auf einer Ursache und wo gleiches entsteht, beruht es immer auf gleicher Ursache²⁷.

Weniger eingehend als in Deutschland und Frankreich wird die Frage in der *schweizerischen Doktrin* behandelt. Bei den meisten Autoren macht sich der pandektistische Einfluß geltend.

Kommentar OSTERTAG N. 13 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar OSER/SCHÖNBERGER N. 2 ff. zu Art. 17 OR.

OFTINGER 12 ff., 73 ff. vor allem 135.

FAVRE a.a.O. 53.

ERNST BRAUN, Das selbständige Forderungsrecht (Diss. Bern 1935) 4 ff.

ANDRÉ BUSSY, Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Lausanne 1922) 84 ff.

PAUL CARRY, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Genf 1927) 104 ff.

BÄTSCHI a.a.O. 9 ff.

FERIH BEDII TONGSIR, Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse (Diss. Genf 1951).

Gegen den traditionellen Causabegriff wenden sich:

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 85.

SIMONIUS, in: Etudes Capitane a.a.O.

ders., in: Festgabe Juristentag 1942 a.a.O. 249 ff.

ders., in: Festschrift Guhl a.a.O. 41 ff.

JANNER a.a.O. 30 ff.

HOWALD 46 ff.

BERNHARD STAEHELIN, Die Novation, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel 1948) 121 ff.

Teilweise auch Kommentar JÄGGI N. 95 zu Art. 965 OR. (vgl. hingegen N. 93 u. 94 zu Art. 965 OR).

²⁶ Bei KANT und SCHOPENHAUER ist sie apriorisch.

vgl. IMMANUEL KANT, Ueber eine Entdeckung, nach der alle Kritik der reinen Vernunft durch eine ältere entbehrlich gemacht werden soll (Königsberg 1790) 16 ff.

ARTHUR SCHOPENHAUER, Ueber die vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde (4. A. Leipzig 1875) 4, 158.

²⁷ Als Ursache unterscheidet die aristotelische Lehre: Material- (causa materialis), Formal- (causa formalis), Wirk- (causa efficiens) und Zweckursache (causa finalis). Als fünfte Gattung tritt, auf Plato zurückgeführt, die vorbildliche Ursache hinzu (Idee).

b) Die rechtliche Kausalrelation

aa. *Beschränkung der relevanten Ursachen.* Wie jede Änderung tatsächlicher Verhältnisse, so ist auch jede Rechtsänderung auf eine Ursache zurückzuführen. Die Besonderheit der rechtlichen Betrachtungsweise besteht jedoch darin, daß nicht jeder Änderung tatsächlicher Verhältnisse rechtliche Bedeutung zukommen kann, sondern nur jener, die in bezug auf eine konkrete Rechtsordnung eine Änderung der Verhältnisse erzeugt: somit *Rechtsverhältnisse* verändert. Dieselbe Beschränkung der rechtlichen Relevanz gilt auch hinsichtlich der Ursachen, die den Änderungen der Rechtsverhältnisse zugrunde liegen. Rechtlich bedeutsam sind nur jene Ursachen, denen die konkrete Rechtsordnung Beachtung schenkt, sie als *Rechtsursachen* anerkennt. Eine in diesem Sinne rechtlich relevante Ursache, die als rechtliche Tatsache oder rechtlicher Tatbestand eine Änderung von Rechtsverhältnissen nach sich zieht, nennt man *Rechtsgrund* (*causa* im rechtlichen Sinn).

bb. *Arten der relevanten Ursachen.* Jeder Rechtsordnung stellt sich deshalb notwendigerweise die Frage, *welche* Ursachen sie zum Rechtsgrund stempeln will. Es ist dies weitgehend die Entscheidung nach den Grenzen der Privatautonomie, der wir in anderem Zusammenhang begegnet sind²⁸.

Maßgebendes Kriterium bildet das positive Recht. Es läßt sich denken, daß eine Rechtsordnung das Monopol für sich beanspruche, limitativ Rechtsgründe festzusetzen, d.h. einen *numerus clausus* der möglichen *causae* zu verfügen. Eine Rechtsänderung träte dann nur ein, wenn der Tatbestand einer bestimmten Rechtsnorm erfüllt wäre. Demgegenüber wird die Entscheidung im liberalen Staat weitgehend zu Gunsten der Privatautonomie fallen. Das Gesetz bestimmt gewisse Fakten, die an sich rechtsverändernd wirken (z.B. Geburt, Tod, Alter usw.), überläßt

vgl. JOSEPH GEYSER, Das Gesetz der Ursache (München 1933) 9 ff.
ders., Das Prinzip vom zureichenden Grunde (Regensburg 1929).
SCHOPENHAUER a.a.O. 6 ff.

Nach den Forschungen der Atomphysik versagt das Kausalgesetz in der Anwendung auf kleinste Teile; die Vorgänge sind dort nur noch statistisch festhaltbar.

vgl. MAX PLANCK, Der Kausalbegriff in der Physik (2. A. Leipzig 1937).
ders., Determinismus oder Indeterminismus? (Leipzig 1938).

ERNST CASSIRER, Determination und Indetermination in der modernen Physik (Göteborg 1937).

²⁸ vgl. vorn 56 ff.

es des weiteren aber dem Einzelnen, selbst innerhalb der Rechtsordnung seine Verhältnisse rechtsverbindlich zu verändern, Mittel dazu bildet *das Rechtsgeschäft*, vor allem der *Vertrag*²⁹.

Die vom menschlichen Willen unabhängigen Tatsachen sind in unserem Zusammenhang wenig aufschlußreich; da sie das Gesetz fest umschreibt, ist die Frage nach den rechtlich bedeutsamen Tatsachen auch schon beantwortet. In der Folge wird uns nur die rechtsgeschäftliche Kategorie interessieren, vor allem aber diejenigen Ursachen, die *einer Zuwendung* zugrunde liegen.

cc. Der menschliche Wille als Ursache. Charakteristisch für das Rechtsgeschäft ist die Bedeutung, die hier dem *Willen* einer Person zukommt. Mit dem Auftreten des menschlichen Wollens wird unser Problem erheblich komplizierter. Erfahrungsgemäß tritt das Wollen keineswegs als ein Geschlossenes, Eindeutiges auf, sondern ist der steten Wandlung, der größten Unbeständigkeit ausgesetzt. Die Bildung des Willens ist sprunghaft, diffus und unberechenbar. Es spielen *Motive*³⁰ (die wir fortan als hier einzig relevante Ursachen nennen) eine Rolle, die festzustellen übermenschlich wäre, ist ja oft der Einzelne sich selbst ein Rätsel. Diese Ursachen aufzudecken, wäre Sache der Psychologie, die Rechtsordnung kann dabei nicht verweilen.

Aufgabe ist es deshalb, ein ausscheidendes Kriterium zu finden, das rechtlich Bedeutsames von Unbedeutsamem trennt. Ist es entdeckt, ist auch unsere Frage gelöst, die *Frage nach dem Begriff des Rechtsgrundes*.

Ein *allgemeines Kriterium* ist mit der grundsätzlichen Auseinandersetzung mit den Ursachen bereits gefunden, wir haben ja festgestellt, daß ohne Rechtssatz keine Ursache rechtserheblich sei. Was wir Motiv nannten, ist identisch mit dem Ursächlichen³¹. Es läßt sich deshalb folgendes festhalten: Ohne Rechtssatz ist keine causa rechtlich erheblich. Der Rechtssatz bildet die Verbindung von Tatsbestand und Rechtswirkung. «Der Tatbestand ist die causa der Rechtswirkung durch das

²⁹ Eine Klassierung juristischer Tatsachen findet sich bei:

LOTMAR a.a.O. 6 ff.

KLINGMÜLLER a.a.O. 8.

HOWALD 43 ff.

³⁰ «Motiv» wird hier nicht im Sinne von OR Art. 24 II verwendet, sondern in einer allgemeinen Bedeutung: als Ursache des menschlichen Handelns überhaupt.

³¹ «Das Motiv ist eine Ursache und wirkt mit der Nothwendigkeit, die alle Ursachen herbeiführen», SCHOPENHAUER a.a.O. 48.

Medium des Rechtssatzes»³². Der Rechtssatz ist die logische Voraussetzung einer rechtserheblichen causa³³.

dd. Resultat. Wir erhalten damit folgende Begriffsbildung: *Rechtsgrund einer durch Rechtsgeschäft verursachten Rechtswirkung sind diejenigen dabei mitwirkenden Motive, die die Rechtsordnung als relevant betrachtet.*

Damit ist der *allgemeingültige Begriff* gefunden, der Begriff im Sinne der Fragestellung, weil sich diese Frage notwendigerweise jedem Gesetzgeber stellt^{34, 35}.

Zu untersuchen gilt nun noch, wie das positive Recht die so gestellte Frage beantwortet:

C. Der Begriff der causa (im Sinne der Antwort)

a) Terminologische Betrachtung

Das Gesetz spricht an mehreren Stellen vom «Rechtsgrund». Die Ausdruckweise ist auf Seite 130 zusammengestellt.

Die Mannigfaltigkeit der Termini fällt sofort auf.

Bei den sachenrechtlichen Erwerbsarten soll jeweils dasselbe bezeichnet werden: Es handelt sich um den *Titel*, der einem Erwerbe zugrunde liegt, also nicht nur um den rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern auch um die in ZGB Art. 656 II erwähnten Fälle von Aneignung, Erbgang, Enteignung, Zwangsvollstreckung oder richterlichem Urteil. Trotzdem sind in jedem der Texte drei verschiedene Ausdrücke verwendet, wobei besonders die Zweiteilung von «Rechtsgrund *und* verbindlichem Geschäft»

³² HOWALD 42.

³³ Ohne Rechtssatz kein Recht, die Geltung des Rechts aber ist Tatsache.

WALTHER BURCKHARDT, Die Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. A. Zürich 1944) 164 ff.

³⁴ WALTHER BURCKHARDT, Einführung in die Rechtswissenschaft (2. A. Zürich 1948) 75. ders., Methode und System des Rechts (Zürich 1936) 70 ff. ders., Organisation a.a.O. 6 ff.

³⁵ Welches Procedere man auch immer einschlägt, so muß man doch notwendigerweise zu diesem allgemeinen Ergebnis gelangen:

KUMMER a.a.O. 8.

KLINGMÜLLER a.a.O. 21.

BÄTSCHI a.a.O. 21.

KRIEGSMANN a.a.O. 7.

MATTER a.a.O. 4 ff.

Artikel	deutscher Text	französischer Text	italienischer Text
OR 17	Verpflichtungsgrund	cause de l'obligation	causa dell'obbligazione
OR 62 I	ungerechtfertigt	sans cause légitime	senza causa legittima
OR 62 II	gültiger Grund	cause valable	valida causa
OR 91	ungerechtfertigterweise	sans motif légitime	senza legittimo motivo
ZGB 249 Z. 3	ungerechtfertigt	sans cause légitime	senza legittimo motivo
ZGB 273	widerrechtlich	sans cause légitime	senza causa legittima
ZGB 665 I	Erwerbsgrund	titre d'acquisition	titolo d'acquisto
ZGB 965 I	Rechtsgrund	titre	titolo giuridico
ZGB 965 III	„	„	„ „
ZGB 966 II	„	„	„ „
ZGB 974 II	ohne Rechtsgrund + unverbindliches Geschäft	sans droit + acte juridique annuable	titolo giuridico + atto giuridico non vincolante

in ZGB Art. 974 II auffällt, nachdem in den vorhergehenden Artikeln (ZGB 665, 965, 966) diese Unterscheidung nicht gemacht worden war³⁶.

Die redaktionelle Änderung, die «ungerechtfertigt» (OR Art. 62 I) an die Stelle von «ohne rechtmäßigen Grund» im alten OR setzte, verstärkt noch den Eindruck einer ausgesprochen laxen Ausdrucksweise³⁷.

In ganz anderem Zusammenhang wird «ungerechtfertigterweise» in OR Art. 91 verwendet: Der Gläubiger kommt dann in Verzug, wenn keine *objektiven Gründe* die Ablehnung der Leistung des Schuldners rechtfertigen³⁸.

Ähnlich auch in OR Art. 249 Ziff. 3: Eine Schenkung kann dann wider-

³⁶ vgl. OFTINGER 16 ff.

³⁷ BECKER erklärt die Änderung durch den Hinweis, daß neben den Fällen des Fehlens auch diejenigen der Fehlerhaftigkeit der causa erfaßt werden sollten. (Kommentar BECKER N. 1 zu Art. 62 OR). Aber schon alt OR 70/71 waren wohl in dieser Weise zu deuten und die welschen Texte erfuhren ja keine Änderung.

³⁸ Kommentar BECKER N. 22 ff. zu Art. 91 OR.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 16 ff. zu Art. 91 OR.
VON TUHR/SIEGWART II 511 ff.

rufen werden, wenn eine mit ihr verbundene Auflage, ohne *Rechtfertigung durch besondere (veränderte) Umstände*, nicht erfüllt wurde ³⁹.

In ZGB Art. 273 endlich ist die «cause légitime» im Sinne einer *Befugnis* gebraucht, die derjenige dartun muß, der ein Kind den Eltern entzogen hält; eine Befugnis, die dem Betreffenden durch Gesetz oder behördliche Verfügung zukommen kann⁴⁰.

«Causa» im Sinne des Gesetzes bedeutet deshalb Verschiedenstes. Die uneinheitliche und unsystematische Ausdrucksweise muß zum Schlusse führen, daß «Rechtsgrund» nicht im Sinne eines technischen Ausdruckes verwendet wird. Der Rechtsgrund wird auch nicht, wie im *code civil français*⁴¹, als Voraussetzung eines gültigen Rechtsgeschäftes aufgezählt.

Weiter findet auch dann im Gesetzestext kein Bezug auf den Rechtsgrund, wenn zum Schutze der Verkehrssicherheit eine Abstraktion stattfindet. Bei der Zession (OR Art. 169), der Schuldübernahme (OR Art. 179), der Anweisung (OR Art. 468) und im Wertpapierrecht (OR Art. 979 und 1007) ist an dessen Statt der *terminus technicus* der Einreden eingesetzt: es greift in gewissen Fällen eine Einredebeschränkung Raum⁴².

b) Historische Betrachtung

Die Ausdrucksweise in OR Art. 17 und 62 erklärt sich aus historischen Belangen.

OR Art. 17 ist nach dem Vorbild des Art. 1132 *code civil français* geformt, («La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée») und erfährt heute auch dieselbe Auslegung. Seine einzige Bedeutung besteht in einer Stärkung der Stellung des Gläubigers, der zur Geltendmachung seines Anspruches den Schuldgrund nicht nachzuweisen braucht. Eine gültige *causa* wird vermutet und Aufgabe des Schuldners ist es, die Vermutung zu widerlegen, wenn er einen Mangel des Verpflichtungsgrundes nachzuweisen vermag. OR Art. 17 bewirkt also einzig eine Umkehr der Beweislast⁴³.

³⁹ Kommentar BECKER N. 4 zu Art. 249 OR.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 7 zu Art. 249 OR. BGE 42 II 504.

⁴⁰ Kommentar EGGER N. 12 zu Art. 273 ZGB.

⁴¹ ccf. 1108: «Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention: le consentement de la partie qui s'oblige; sa capacité de contracter; un objet certain qui forme la matière de l'engagement; une cause licite dans l'obligation.»

⁴² SIMONIUS, in: Festgabe Juristentag 1942 a.a.O. 257 N. 24.

⁴³ so die herrschende Lehre:

Auch OR Art. 62 bildet, als Bestandteil des Kondiktionensystems, keinen besonders integren Teil des schweizerischen Rechts. Der Dresdenerentwurf wirkte sich hier entscheidend aus⁴⁴, und wenn auch später weitgehende Umgestaltung stattfand⁴⁵, so wurde doch die gemeinrechtliche Kondiktionslehre in ihrem prinzipiellen Gehalt dem OR einverleibt, wo sie nun, nach der Entscheidung zu Gunsten der kausalen Übereignung, eine bescheidene Rolle spielt⁴⁶.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 12 ff. zu Art. 17 OR.

Kommentar BECKER N. 2 ff. zu Art. 17 OR.

Kommentar HAAB N. 8 zu Art. 656 ZGB.

Kommentar FICK N. 2 und 6 zu Art. 17 OR.

Kommentar JÄGGI N. 104 ff. zu Art. 965 OR.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 85.

VIRGILE ROSSEL, Manuel de droit fédéral des obligations I (4. A. Lausanne/Genf 1920) 48 ff.

ALFRED MARTIN, Le code des obligations I (Genf 1919) 30 ff.

WALTER YUNG, La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse (Diss. Genf 1930) 93 ff.

JOSIAS BÄTSCHI, Das Schuldbekenntnis nach Schweizerrecht (Diss. Zürich 1925) 57 ff., 104 ff.

ARMIN SCHWEICKHARDT, Das abstrakte Schuldbekenntnis in rechtsvergleichender Darstellung (Diss. Basel Maschinenschrift 1935).

ders., Das abstrakte Schuldbekenntnis nach Art. 17 OR, in: ZBJV 72 (1936) 97 ff.

JANNER a.a.O. 31 ff.

WITTMANN a.a.O. 22 ff.

REYMOND 10.

SIMONIUS, in: Etudes Capitant a.a.O. 757.

ders. in: Festgabe Juristentag 1942 a.a.O. 243.

ders., Du Principe de la confiance, in: La semaine judiciaire 71 (1949) 505 ff., 524.

Das Bundesgericht: statt vieler BGE 65 II 84 (vgl. die Praxis des Bundesgerichtes bei Yung a.a.O. 101 ff.).

anderer Ansicht:

VON TUHR/SIEGWART 247 ff.

ERNST BRAUN, Das selbständige Forderungsrecht (Diss. Bern 1935) 24 ff.

ders., Zur Konstruktion des Schuldbekenntnisses nach Art. 17 OR, in: ZBJV 71 (1935) 353 ff.

ANDRÉ BUSSY, Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Lausanne 1922) 52 ff.

PAUL CARRY, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Genf 1927) 61 ff.

ANTOINE FAVRE, Essai sur la cause des obligations en droit suisse (Diss. Fribourg 1927) 104 ff.

⁴⁴ Entwurf Münzinger.

⁴⁵ Redaktionsvorschläge von Wyß.

⁴⁶ vgl. die Entstehungsgeschichte bei BUSSY a.a.O. 17 ff.

c) Konstruktive Betrachtung

Die Erwähnung der *causa* in diesen beiden Artikeln könnte nun dazu führen, Schlüsse auf unser ganzes Rechtssystem zu ziehen, indem man der *causa* etwa dieselbe Funktion zukommen läßt, die sie in den Rechtsordnungen erfüllte, denen sie entstammt. Man könnte auch überlegen: Die *causa* sei als Voraussetzung der Vertragsentstehung im allgemeinen Teil des OR nicht erwähnt, weil das Erfordernis selbstverständlich sei und keine Rechtsordnung darauf verzichten könne: das Gesetz setze das Erfordernis der *causa* stillschweigend voraus⁴⁷. Man könnte auch aus den Motiven ableiten, der historische Gesetzgeber habe sich bewußt auf die übernommenen Lehren bezogen, es seien diese deshalb im Sinne ihrer Herkunft zu betrachten.

Indessen dürfte man sich heute einig sein, daß nicht die *interpretatio ex tunc* nach dem Willen des historischen Gesetzgebers maßgebend sein kann, sondern für die *Bedeutung einer Institution der Zweck entscheidet, der ihr im Konnex mit dem System des ganzen Gesetzes zukommt*⁴⁸. Es wäre ein purer Rigorismus, von der Existenz des Konditionensystems und des abstrakten Schuldverhältnisses im OR wesentliche Schlüsse auf den ganzen Aufbau unseres Privatrechtes zu ziehen.

d) Teleologische Betrachtung

Je mehr vom Inhalt eines Vertrages abstrahiert wird, desto weniger tritt der Wille der Parteien hervor, desto weniger ist die Gültigkeit einer Zuwendung für Mängel empfindlich, die dem Grundgeschäft anhaften. Dieser Erfolg hat da seine Berechtigung, wo die Verkehrssicherheit nicht auf andere Weise ihren Schutz zu finden vermag.

Im übrigen aber ist es eine *primäre Forderung der Gerechtigkeit*, daß der Parteiwille ohne Umweg so weit als irgend möglich Beachtung finde und Mängel im Grundgeschäft auch die Rechtswirkung beeinflussen⁴⁹. So ist im Meinungsstreit abstrakte oder kausale Eigentumsübertragung der Entscheid u. a. deshalb zugunsten der kausalen Übereignung gefallen, weil einerseits eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit nicht zu befürchten stand, nachdem der gutgläubige Dritterwerber in seinem

⁴⁷ FAVRE a.a.O. 12.

⁴⁸ OFTINGER 100 ff.

SIMONIUS, in: Festgabe Speiser a.a.O. 84.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber (Habilitationsschrift Zürich 1951) 50 ff.

⁴⁹ vgl. SIMONIUS, in: Etudes Capitane a.a.O. 758 ff.

Rechte geschützt war, andererseits aber die Unnatürlichkeit und Unge-
rechtigkeit der Loslösung von Rechtswirkung und Grundgeschäft in
toto immer mehr erkannt wurde.

Wesentliche Funktion der Causaabhängigkeit ist es, dem Parteiwillen
ohne Umweg Geltung zu verschaffen, soweit es immer die Sicherheit
des Verkehrs erlaubt.

e) Resultat

Die Untersuchung der Terminologie des Gesetzes ergab, daß vom
«Rechtsgrund» in den verschiedensten Bedeutungen die Rede ist und
auch dort, wo dieselbe Bedeutung gemeint ist, keine uniforme Ausdrucks-
weise Anwendung findet. Die Bezeichnung «Rechtsgrund» wird im
Gesetz *nicht als technischer Ausdruck verwendet*.

Die Erklärung von Gesetzesbestimmungen aus dem Historischen darf
nicht dazu führen, sich in der Auslegung an ausländisches Rechtsgut
anzulehnen. Daß sich in OR Art. 17 französischer und OR Art. 62
gemeinrechtlicher Einfluß geltend macht, ist Tatsache, Tatsache aller-
dings, der gar keine weitere Bedeutung zukommt, da für die Interpreta-
tion einzig die Rolle entscheidend ist, welche die Gesetzesbestimmungen
in unserem Rechte bekleiden.

Diese Funktion der causa ist in unserem Recht nun tatsächlich nicht
identisch mit jener in ausländischen Rechten; das ergibt sich aus der
teleologischen Betrachtung: Die Rechtsordnung nimmt deshalb auf den
Rechtsgrund Bezug, weil damit eine Forderung der Gerechtigkeit zu
erfüllen ist. Da unser Privatrecht vom Prinzip der Vertragsfreiheit be-
herrscht ist, soll auch der Parteiwille unmittelbar seinen Einfluß ausüben.

Was aber zu diesem Parteiwillen gehört, ist eine *Frage der Vertrags-
auslegung*. Eine Willenserklärung ist so zu interpretieren, wie sie der
Adressat als vernünftiger und sorgfältiger Partner hatte verstehen müssen.
Sie wirkt soweit, als ihr ein anständiger und korrekter Erklärungsemp-
fänger hatte Verbindlichkeit beilegen müssen.

Ergibt sich durch die Vertragsauslegung, was Inhalt der Willenser-
klärung war, kann das Gesetz mit dem «Rechtsgrund» in diesem Zu-
sammenhang nichts anderes meinen als die Gesamtheit des Vertrags-
inhaltes⁵⁰.

⁵⁰ Eine Aversion vom pandektistischen Causabegriff kommt bei mehreren Schweizer-
autoren zum Ausdruck:

vgl. Kommentar JÄGGI N. 95 ff. zu Art. 965 OR.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 85.

Daraus erklärt sich auch die undoktrinäre Verwendung der causa im Gesetz, weil auf anderem Weg deren technische Funktion erfüllt wird: nämlich durch die Art der Vertragsauslegung nach Treu und Glauben im Verkehr, durch ein Prinzip also, das unser ganzes Privatrecht beherrscht.

Damit ist auch das früher vermißte Kriterium gefunden, nach dem die rechtlich relevanten Motive von den rechtlich irrelevanten geschieden werden können. *Was der Adressat einer Willenserklärung aus dieser entnahm, oder aus ihr hätte entnehmen müssen, gehört zu dem, was im Sinne unseres Rechtes als Rechtsgrund einer durch Rechtsgeschäft verursachten Rechtswirkung bezeichnet zu werden verdient.* Die Berufung auf den Zweck, wie sie meistens gehandhabt wird, gibt dafür nicht das geeignete Instrument. Da die Zweckvorstellung selbst Motiv ist, fehlte immer noch der Ausscheidungsfaktor.

Für den besonderen Fall der Übereignung läßt sich somit folgendes sagen: *Spricht das Gesetz vom Erwerbsgrund⁵¹, so bezeichnet es damit den Titel⁵², der der Übereignung zugrunde liegen muß, in erster Linie also den Vertrag.* An etwas weiteres ist mit der Bezugnahme auf den Erwerbs-

AUGUSTUS SIMONIUS, Quelques remarques sur la cause des obligations en droit suisse, in: Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant (Paris 1938) 753 ff. S. 758 ff.

ders., Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Basler Festgabe für den Juristentag 1942 (Basel 1942) 233 ff. S. 258.

ders., Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweiz. Recht (Zürich 1950) 41 ff. S. 44 ff.

ANDRÉ BUSSY, Etude sur les conditions générales de l'enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Lausanne 1922) 98 ff.

PAUL CARRY, Les conditions générales de l'action en enrichissement illégitime en droit suisse (Diss. Genf 1927) 104.

ANTONINO JANNER, Wandlungen der Bereicherungslehre im schweiz. Recht, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft H. 16 (Basel 1943) 52 ff.

BERNHARD STAEHELIN, Die Novation, in: Basler Studien zur Rechtswissenschaft (Basel 1948) 121 ff.

HOWALD 47.

Im alten Sinne wiederum die Arbeit von FERIH BEDII TONGSIR, Les actes juridiques concrets et les actes juridiques abstraits en droit privé suisse (Diss. Genf 1951).

⁵¹ 665 ZGB, bzw. Rechtsgrund 965 I und III, 966 II ZGB.
vgl. auch 974 II ZGB.

⁵² vgl. die Formulierung der welschen Texte.

grund nicht gedacht, denn der Rechtsgrund wird im ganzen Gesetz nirgends als technischer Ausdruck gebraucht⁵³.

Ist das Erfordernis des Erwerbsgrundes mit dem Vorliegen eines Vertrages erfüllt, so folgt daraus ohne weiteres, daß *ein jeder Vertrag*, der auf eine Eigentumsübertragung gerichtet ist und deren Voraussetzungen umschreibt, hiefür geeignet ist, unter der Bedingung einzig, daß der Vertrag gültig sei⁵⁴.

D. Die Besonderheit des fiduziarischen Rechtsgeschäftes als causa einer Eigentumsübertragung

Kommen wir zu diesem Resultat, als Abschluß unserer Untersuchung des Causabegriffes, so liegt auch die Antwort auf die eingangs gestellte Frage auf der Hand, ob die Übereignung zu fiduziarischem Zwecke auf einem gültigen Rechtsgrund beruhe.

Die Übereignung zur Sicherung oder zur Verwaltung ist so ernstlich gewollt wie die Übereignung zu irgendeinem anderen Zwecke. Die Besonderheit der Eigentumsübertragung zu fiduziarischen Händen besteht einzig darin, daß der Übereignung nicht ein vom Gesetz vorgesehener Vertrag, also ein Kauf, ein Tausch oder eine Schenkung zugrunde liegt, sondern ein *atypischer Vertrag*, also auch eine *atypische causa*, eine *causa sui generis*. Das hat sich für die Sicherungsübereignung aus dem Vergleich mit typischen Verträgen ohne weiteres ergeben⁵⁵, für die allgemeine Erscheinung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes kommen die meisten Autoren zu diesem Ergebnis⁵⁶.

Daß es den Parteien freistehe, eine Übereignung statt einer Pfandbestellung vorzunehmen, wenn sie das für zweckmäßiger halten, ergibt

⁵³ Gleicher Ansicht scheint VON TUHR zu sein, wenn er die Verwendung des Grundes der Zuwendung im schweizerischen OR in Gegensatz zum gemeinen Recht stellt, wo das Wort als technischer Ausdruck gebraucht werde, VON TUHR/SIEGWART I 191.

⁵⁴ vgl. Kommentar HOMBERGER N. 18 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 13 zu Art. 965 ZGB.

SIMONIUS, in: Festschrift Guhl a.a.O. 43.

⁵⁵ vgl. vorn 72.

⁵⁶ Kommentar HOMBERGER N. 18 zu Art. 965 ZGB.

KELLER 25 ff.

REYMOND 39 ff.

AMMANN 34 ff.

BERGMAIER 69 ff.

einschränkend ERZER 32 ff.

sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Das Eigentum geht ohne jede dingliche Beschränkung auf den Fiduziar über; die obligatorische Abrede vermag nicht, das Eigentum zu beschränken, sondern nur den Fiduziar in der Ausübung desselben⁵⁷.

Die Übereignung zu fiduziarischen Händen ist in unserem Recht zulässig, sofern sie nur von den Parteien ernstlich gewollt ist⁵⁸.

⁵⁷ BERGMAIER 56.

⁵⁸ Zum gleichen Ende kommen, mit anderer Begründung oder ohne weitere Begründung:

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 und 246.

Kommentar HOMBERGER N. 18 zu Art. 965 ZGB.

Kommentar HAAB N. 8 zu Art. 656 ZGB.

Kommentar OSTERTAG N. 13 ff. zu Art. 965 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 9 zu Art. 884 ZGB in Verbindung mit N. 3b und 3c zu Art. 714 ZGB.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 17 OR, (anderer Ansicht N. 6 vor Art. 164 OR).

Das BUNDESGERICHT: bejahend für die Sicherungsübereignung: BGE 72 II 240 ff., verneinend aber für andere fiduziarische Rechtsgeschäfte: BGE 72 II 361.

KELLER 29 ff.

HOWALD 79.

BERGMAIER 45 ff.

REICHWEIN 324.

AMMANN 58.

ERZER 51 ff.

REYMOND 30 ff.

KUMMER a.a.O. 61.

MAX EHRENZELLER, Die Simulation von Verträgen (Diss. Bern 1951) 46.

für das ABGB: Kommentar KLANG I² 156 ff.

EHRENZWEIG I² 208 ff.

Anderer Meinung:

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 6 vor Art. 164 OR, (vgl. jedoch N. 24 zu Art. 17 OR).

VON TUHR/SIEGWART I 194 ff.

OFTINGER 73, 135 (vgl. jedoch Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 und 246)

GERSTLE 130 ff.

GUBLER 158 ff.

MAX G.H. WOLFF, Wesen und Voraussetzungen der Zession (Diss. Zürich 1917) 91 ff.

EMIL STROHAL, Rechtsübertragung und Kausalgeschäft nach Schweizerischem Zivilgesetzbuch, in: Leipziger Zeitschrift 3 (1909) 610 ff., 614.

Für das *deutsche Recht*: vgl. z.B. HERMANN KRIEGSMANN, Der Rechtsgrund (causa) der Eigentumsübertragung (Berlin 1905) 73 ff.

Im übrigen ist die Legitimation der fiduziarischen Übereignung mit der abstrakten Natur der Eigentumsübertragung nichts weniger als eine *pia fraus*. Liegt der Übereignung zu fiduziarischen Händen keine gültige *causa* zugrunde, so wirkt sich dies bei abstrakter Übereignung nur insofern anders aus, als der Fiduziant sich zwar des Eigentums begeben hat, jedoch statt der Vindikation eine Kondiktion zur Verfügung hat, indem er sich auf die mangelhafte *causa* beruft.

Der Unterschied zwischen kausaler und abstrakter Übereignung manifestiert sich ja nur beim Auftreten einer mangelhaften *causa*. Bei der Sicherungsübereignung könnte der Schuldner den Sicherungsgegenstand also jederzeit kondizieren.

Es handelt sich hier nur scheinbar um einen rettenden *deus ex machina*.

E. Der Rechtsgrund der fiduziarischen Übereignung in der Rechtsprechung des Bundesgerichts

Eine besondere Denkweise manifestiert sich in der Praxis des Bundesgerichts, indem Sicherungsübereignung und übrige fiduziarische Rechtsgeschäfte nicht vom gleichen Gesichtspunkt aus betrachtet werden.

Was zunächst die Sicherungsübereignung betrifft, so bekennt sich das Gericht in einer grundsätzlichen Entscheidung (BGE 72 II 235) zur Auffassung, daß Sicherung als gültiger Rechtsgrund einer Eigentumsübertragung gelten könne und verlangt für die Wirksamkeit der Sicherungsübereignung nicht mehr die Einkleidung in einen Kauf, wie es das früher immer getan hatte. Das Gericht faßt den Sicherungsvertrag als selbständigen Rechtsgrund auf, der unabhängig von typischen Kontrakten eine Eigentumsübertragung zu bewirken vermag⁵⁹.

VON TUHR, *BüR* III 185 ff.

ENNECCERUS/NIPPERDEY, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I* Einleitung Allgemeiner Teil (13. Bearbeitung 1931) 452 ff.

ADOLF SCHÖNINGER, *Die Leistungsgeschäfte des bürgerlichen Rechts* (Tübingen 1906) 156.

⁵⁹ «Von den früheren Anschauungen abweichend, knüpft das Bundesgericht die Eigentumsübertragung auch bei Fahrnis an die Voraussetzung eines gültigen Rechtsgrundes (BGE 55 II 306). Daher kann man die Zulässigkeit der Sicherungsübereignung nicht mehr mit der früher angenommenen abstrakten Natur der Zuwendung begründen (wie v. Tuhr, *OR* § 26 IV). Indessen ist v. Tuhr darin nicht beizustimmen, daß als gültiger Rechtsgrund einer Eigentumsübertragung die Sicherung nicht gelten könnte (bzw. nun tatsächlich nicht als solche zu gelten habe), weil sie auch mit einer Verpfändung erreichbar wäre. Vielmehr stellt sie wie für eine Verpfändung so auch für eine Eigentumsübertragung einen gültigen Rechts-

Nicht in diesem Sinne entschied das Bundesgericht für jene fiduziarischen Rechtsgeschäfte, die keine Sicherung zum Gegenstand haben (BGE 72 II 358). Grundsätzlich ist die Rechtsfigur des fiduziarischen Geschäfts schon längst anerkannt und ihre Bedeutung drückt sich in zahlreichen Entscheidungen aus⁶⁰. Nun wird aber präzisiert, «fiducia» schlechthin könne nicht als Rechtsgrund für eine Eigentumsübertragung gelten, es gebe nur einen fiduziarischen Kauf, einen fiduziarischen Tausch, eine fiduziarische Schenkung usf. Wenn man solche Verträge unabhängig von den genannten Typen zuließe, so wäre einem Mißbrauch nicht mehr vorzubeugen (BGE 72 II 361).

Diese Einstellung erinnert an die frühere bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Thema der Sicherungsübereignungen. Auch dort wurde grundsätzlich die Gültigkeit des Geschäftes bejaht⁶¹, als Erfordernis jedoch verlangt, daß der Kauf, als den die Parteien ihren Vertrag jeweils bezeichneten, ernstlich gewollt sein müsse. Natürliche Folge war dann meist die Ungültigerklärung wegen Simulation, weil der Kauf nicht ernst gemeint sei⁶². Letzteres war durchaus richtig, der Kauf *war* nicht gewollt, die Parteien bezeichneten ihr Geschäft nur so. Hingegen war die Übereignung an sich durchaus ernst gemeint. Die Lösung des Problems liegt eben einzig darin, in der Sicherungsübereignung einen Vertrag eigener Art zu sehen, was das Bundesgericht nun auch getan hat.

Wenn für die Sicherungsübereignung der alte Standpunkt verlassen wurde, so konnte sich das Gericht für die übrigen fiduziarischen Geschäfte nicht dazu entschließen. Meines Erachtens heißt das aber *fiduziarische Übereignungen an sich verunmöglichen*, denn gerade der Verwaltungstreuhand entspricht nun einmal keiner der gesetzlichen Vertragstypen. Beharrt man bei der Auffassung des Bundesgerichts, so zwingt man die Parteien, ihr Geschäft in einen Typus zu zwingen, der ihrem Vertrags-

grund dar, sofern nur die Eigentumsübertragung in diesem Sinne ernstlich vereinbart wird. Denn zur Sicherstellung ist die Verschaffung des Eigentums durchaus geeignet, und angesichts der damit verbundenen Vorteile ist den Beteiligten, die dieses fiduziarische Geschäft abschließen und die damit für den Fiduzianten gegebenen Gefahren mit in Kauf nehmen wollen, die Gültigkeit ihrer Verfügung nicht zu versagen. Diese Art der Sicherstellung dient schutzwürdigen Interessen» (BGE 72 II 240).

⁶⁰ vgl. die umfassende Urteilssammlung bei REYMOND 99 ff.

⁶¹ grundlegend BGE 19 344.

ferner 20 1079 und 30 II 550.

⁶² BGE 19 888; 21 817; 22 229; 23 1079; 24 II 576; 29 II 518; 30 II 550; 31 II 434; 36 II 1; 37 II 157; 37 II 311.

zweck gar nicht entspricht und die Anerkennung der Gültigkeit wird einzig davon abhängen, ob die Verträge raffiniert genug abgefaßt wurden⁶³.

Die große Bedeutung, die den fiduziarischen Geschäften zukommt, scheint mir ihre Zulassung zu rechtfertigen. Diese ist aber in rechtlich lauteter Weise nur möglich durch die Anerkennung als *contractus sui generis*. Wenn das Bundesgericht für die Sicherungsübereignung von seiner früheren Praxis abgewichen ist, so hat es damit den ersten Schritt in dieser Richtung bereits getan⁶⁴.

Die Gefahr eines Mißbrauches wird dadurch nicht größer werden, im Gegenteil würde das fiduziarische Rechtsgeschäft durch die Anerkennung als selbständiger Vertrag viel von seiner Heimlichkeit verlieren. Im übrigen würde es sich eben nicht um Verträge «ohne Rechtsgrund»⁶⁵ handeln, sondern Rechtsgrund wäre gerade die «Treuhand», «fiducia», oder wie man den Namen immer formen will⁶⁶.

III. Wirkungen der kausalen Eigentumsübertragung auf die fiduziarische Übereignung

A. Ausgangspunkt

Anerkennt man das fiduziarische Geschäft als selbständigen Rechtsgrund der Eigentumsübertragung, wie das in dieser Arbeit geschieht und wie es das Bundesgericht in bezug auf die Sicherungsübereignung tut, so hat das einige bemerkenswerte Konsequenzen für den gesamten Ablauf des Geschäftes, die auch von jenen Autoren nicht immer gezogen werden, die sonst die Gültigkeit des fiduziarischen Rechtsgeschäftes als causa der Übereignung bejahen. In der Entscheidung von Einzelfragen

⁶³ vgl. die von VETSCH 67 zitierte Äußerung von AUGUST EGGER bezüglich des Sicherungskaufes.

⁶⁴ auf diese Zusammenhänge hat auch YUNG hingewiesen.

vgl. WALTER YUNG, *Simulation, fiducie et fraude à la loi*, in: *Mélanges Georges Sauser-Hall* (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff. S. 148 ff.

⁶⁵ BGE 72 II 361.

⁶⁶ Das wird auch von HOMBERGER unterstrichen (vgl. Kommentar HOMBERGER N. 18 zu Art. 965 ZGB); nur scheint es etwas bedenklich, im Grundbuch in der Spalte der Erwerbsart gleichwohl das Geschäft etwa als «Kauf» zu bezeichnen. Solange das Bundesgericht allerdings an seiner Auffassung festhält, wird man dazu Zuflucht nehmen müssen.

wird die Rechtslage immer noch so dargestellt, wie sie sich bei abstrakter Übereignung ergab.

Ein wichtiges Argument zugunsten der kausalen Übereignung war seinerzeit in der Kontroverse um den abstrakten dinglichen Vertrag die Tatsache, daß die kausale Eigentumsübertragung die natürlichere und gerechtere Lösung bildet⁶⁷: Denn mit der Kausalität hängt der dingliche Erfolg des Geschäftes untrennbar mit dem Grundgeschäft zusammen, so daß ein Mangel im Rechtsgrund oder das Fehlen des Rechtsgrundes kategorisch auch den Eintritt der dinglichen Wirkung verhindert. Ohne Umweg kommt so durch den rechtlichen Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglichem Erfolg der Wille der Kontrahenten zur Geltung.

Damit findet auch bei fiduziarischer Übereignung die Absicht der Parteien eine angemessenere Beachtung, als dies bislang bei abstrakter Eigentumsübertragung geschehen konnte. Insbesondere wird die fiduziarische Übereignung dem Sicherungszweck in erhöhtem Maße zugänglich.

Das äußert sich im einzelnen in folgenden Punkten:

B. Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung bei der Entstehung des Rechtsgrundes

Eine Übereignung kommt erst zustande, wenn alle Bedingungen des Vertrages erfüllt sind. Sie ist also vor allem abhängig von der Existenz der Forderung, die gesichert werden soll. Fehlt es an einer solchen Forderung, ist diese etwa nichtig, so ist eine Eigentumsübertragung mangels gültiger causa nie erfolgt, dies selbst dann, wenn der Fiduziar bereits im Besitz der Sache war. Besitz und Eigentum fallen dann eben auseinander und der Fiduziant kann seine Sache mit der rei vindicatio zurückholen.

Der Unterschied zur abstrakten Übereignung liegt in der Tatsache, daß dort schon mit der dinglichen Einigung das Eigentum übergeht und der Fiduziar somit Eigentümer wird, auch wenn die Forderung, um deretwillen die Sicherungsübereignung erfolgte, gar nicht bestand. Der Fiduziant hat nur die obligatorisch wirkende *condictio* zur Verfügung. Auch einem bösgläubigen Dritterwerber der Sache gegenüber kann er kein Recht auf die Sache geltend machen.

⁶⁷ vgl. etwa Kommentar HAAB N. 29 ff. zu Art. 714 ZGB.

OFTINGER 131.

AUGUSTUS SIMONIUS, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweiz. Recht (Zürich 1950) 41 ff. S. 47.

C. Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung beim Wegfall des Rechtsgrundes

Umgekehrt besteht diese Abhängigkeit von der causa aber auch im Momente, wo die Parteien über die Beendigung der Übereignung einig sind: denn im Momente, wo der Schuldner die Forderung tilgt, fällt der Rechtsgrund dahin und das Eigentum wechselt ipso jure den Zuständigen. Es wäre nicht einzusehen, warum beim Wegfall des Rechtsgrundes nicht dieselbe Abhängigkeit der dinglichen Wirkung vom Grundgeschäft bestehen sollte, durch die schon bei der Entstehung das Schicksal des Geschäftes bestimmt war⁶⁸. Es handelt sich hier um einen weiteren Fall, wo Besitz und Eigentum auseinanderfallen, denn das Eigentum geht mit dem Wegfall der causa ohne vorherige Rückübertragung des Besitzes auf den Schuldner über⁶⁹.

Diese Konsequenz ist von nicht geringer Tragweite für die gesamte Abwicklung des fiduziarischen Rechtsgeschäftes. Sie löst auf einfache Weise das Kernproblem des fiduziarischen Eigentums: nämlich die Frage der Aussonderungsmöglichkeit der übereigneten Sache im Konkurs des Fiduziars. Bislang war der Fiduziant im Konkurs des Fiduziars insofern erheblich benachteiligt, als er seine Forderung als gewöhnliche Konkursforderung einreichen mußte und mangels dinglicher Berechtigung weder Widerspruchsklage noch Aussonderungsrecht geltend machen konnte.

Bei der Sicherungsübereignung besaß der Sicherungsgeber auch dann kein Aussonderungsrecht, wenn er seine Schuld in die Konkursmasse einbezahlte; mit einer gewöhnlichen Konkursforderung mußte er sich neben den anderen Gläubigern beteiligen. Da diese in einen Geldbetrag umgewandelt werden mußte, konnte der Schuldner gewiß sein, daß er «seine» Sache nicht mehr in natura zurückerhalten werde.

Wohl war immer da eine Hilfe möglich, wo man dem Vertrag eine mit der Schuldentilgung eintretende Resolutivbedingung entnehmen konnte. In diesem Falle ging mit der Schuldzahlung das Eigentum sofort auf den Fiduzianten zurück und dieser konnte seine Werte aussondern. Wie jede Bedingung erforderte sie jedoch der Parteivereinbarung und es erschien

⁶⁸ vgl. SIMONIUS, in: Festschrift Guhl a.a.O. 47 ff.

⁶⁹ Was eine weitere Bestätigung der These bildet, das Recht löse sich von den äußeren Formen.

vgl. OETINGER 29, 55 ff., 78.

SIMONIUS, in: Festschrift Guhl a.a.O. 46 ff.

THEODOR SÜSS, Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff (Tübingen 1952) 141 ff. S. 148.

fraglich, ob sie ohne weiteres *jeder* Sicherungsübereignung impliziert werden durfte⁷⁰.

Mit der Kausalität der Übereignung ist diese Schwierigkeit behoben, indem durch den Wegfall des Rechtsgrundes auch das Eigentum den Zuständigen wechselt. Im Konkurs des Fiduziars kann deshalb der Schuldner immer dann seine Sache aussondern, wenn er seine Verbindlichkeit der Konkursmasse gegenüber erfüllt.

Damit verliert die fiduziarische Übereignung einen großen Teil ihrer Gefährlichkeit für den Fiduzianten.

Bedenken können nur bei der *Verwaltungstreuhand* entstehen, *aber auch dort rechtfertigt sich die Annahme, daß die Parteien beim Konkurs des Fiduziars ihr Verhältnis auflösen wollen.*

Dazu bedarf es nicht der besonderen Vereinbarung einer Resolutivbedingung, denn die Eigenart des Geschäftes bringt es schon mit sich, daß die Übereignung nicht definitiv sein soll, sondern aufgelöst durch bestimmte Momente, die das fiduziarische Eigentum nicht mehr rechtfertigen⁷¹.

D. Keine Abhängigkeit des Eigentums von der Höhe der Forderung

Ein Unterschied zum Pfandrecht besteht hinsichtlich der Abhängigkeit der Eigentums von der Höhe der Forderung. Das Pfandrecht ist in dieser Hinsicht akzessorisch, d. h. es entsteht jeweilen nur in der Höhe der entsprechenden Forderung⁷². In der Natur des Eigentums liegt es aber, daß es ein unteilbares Recht ist, das Vollrecht, welches bei einer Übertragung auch vollumfänglich auf den Erwerber übergeht. Das liegt durchaus im Sinne der Parteivereinbarung, der causa der Übereignung. Daß der Fiduziar Eigentümer wird, macht seine besonders starke Stellung aus, die ja gerade erreicht werden soll⁷³.

⁷⁰ Nach WOLFF ist die regelmäßig unbedingt:

vgl. MARTIN WOLFF, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Sachenrecht (9. A. Marburg 1932) 619.

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 243 (abweichend: OFTINGER, Eigentumsübertragung 78).

anderer Meinung: Kommentar DÜRINGER/HACHENBURG N. 125 vor § 368 HGB. PHILIPP HECK, Grubdriß des Sachenrechts (Tübingen 1930) 433.

⁷¹ anderer Meinung ist die herrschende Doktrin. vgl. die hinten 155 N. 5 Zitierten.

⁷² vgl. Kommentar OFTINGER, N. 168 zu Art. 884 ZGB.

⁷³ vgl. BGE 72 II 239.

THEO GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht (4. A. Zürich 1948) 102.

Daß das volle dingliche Recht auf den Gläubiger übergeht, steht dem Prinzip der Kausalität nicht entgegen, denn der *Eigentumsübergang entspricht dem Parteiwillen*. Und wenn die Wirkungen des Geschäftes (Eigentumsübergang) über den eigentlich vom Geschäftszweck benötigten Umfang (dingliches Verwertungsrecht in der Höhe der Forderung) hinausgeht, so hat das mit dem *numerus clausus* der Sachenrechte, nicht aber mit der Abstraktion vom Grundgeschäft zu tun. Insofern ist eine Unterscheidung von Rechtsinhalts- und Rechtsübertragungsabstraktion⁷⁶ durchaus gerechtfertigt.

E. Die Frage der Wandergemeinschaft

Ob das Eigentum am Sicherungsgegenstand mit der Übertragung der Forderung ebenfalls auf den neuen Gläubiger übergehen soll, ist eine Frage der Vertragsauslegung. Wenn beim Pfandrecht im allgemeinen eine solche «Wandergemeinschaft»⁷⁵ im Parteiwillen liegt, so ist die Sache beim Sicherungseigentum nicht ganz dieselbe. Wohl besteht der Sicherungszweck bei einer Forderungsübertragung weiterhin fort. Der Unterschied zum Pfandrecht besteht jedoch in der überschießenden Rechtsmacht des Gläubigers, die diesem doch meistens nur deshalb eingeräumt wurde, weil ihm der Schuldner das Vertrauen entgegenbrachte, daß er nicht abmachungswidrig vorgehen werde. Mit der Übertragung wechselt jedoch die Person des Gläubigers und im Gegensatz zum Pfandrecht ist dieser Wechsel der *Person* des Gläubigers nicht gleichgültig, weil der Gläubiger nicht nur ein dingliches Befriedigungsrecht, sondern das volle Eigentum erhält.

Deshalb glaube ich, daß eine Vermutung dahin gehen muß, daß bei einer Veräußerung der Forderung das Eigentum an den Schuldner zurückfallen soll.

Das hindert natürlich nicht, daß im einzelnen Fall ein Übergang des Eigentums mit dem Übergang der Forderung im Willen der Parteien liegen kann⁷⁶.

⁷⁴ HOWALD 79.

⁷⁵ vgl. Kommentar OFTINGER, N. 162 ff. zu Art. 884 ZGB.
HECK, Sachenrecht a.a.O. 331.

⁷⁶ anderer Meinung Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 259
VON TUHR, BÜR III 191.
WOLFF, Sachenrecht a.a.O. 621.
ERZER 87.
BERGMAIER 76.

MAX ROHNER, Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen (Diss. Bern 1937) 57.

Besonderer Teil

§ 10. Die Auslegung von Sicherungsübereignungsverträgen

I. Die Frage nach der rechtlichen Qualifikation des Vertrages

Die Tatsache, daß die Parteien eine Sicherungsübereignung meist in den Rahmen eines Kaufes kleiden, des weiteren auch die nahe Verwandtschaft von fiduziarischen Geschäften und simulierten Geschäften, läßt bei der Auslegung solcher Verträge oft Schwierigkeiten entstehen.

Grundsätzlich lassen sich für die Auslegung etwa folgende Richtlinien gewinnen:

A. Kauf

Die Parteien wollten eine Eigentumsübertragung und zahlten im Austausch den verabredeten Preis, Nutzen und Gefahr ging auf den neuen Eigentümer über. Mit der Eigentumsübertragung war das Geschäft erledigt. Dann handelt es sich um einen *Kauf*. In diesem Falle kann man kaum von einem Sicherungsgeschäft sprechen. Bestand eine Forderung schon vorher, so ist sie nunmehr, wenigstens bis zur Höhe des Kaufpreises, getilgt. Zwar bleibt meistens an Stelle der untergegangenen Forderung, quasi als Surrogat, ein Rückkaufsrecht oder eine Rückkaufspflicht des Schuldners. Die Ausübung desselben ermöglicht dem Verkäufer, die Sache, die er seinerzeit an Zahlungsstatt veräußerte, wieder zurückzugewinnen. Diese Tatsache ändert am Charakter des Rechtsgeschäftes nichts, dessen Wirkungen die *Tilgung* der Forderung mit sich bringen wird und nicht die *Sicherung* desselben.

B. Sicherungsgeschäft

Das Geschäft, das zur Auslegung vorliegt, zielt darauf ab, dem Gläubiger für seine Forderung *Sicherheit* zu leisten. Dann handelt es sich nicht um einen Kauf, auch wenn die Parteien ihren Vertrag so nannten.

Ist man an diesem Punkte angelangt, hat man weiterhin zu unterscheiden:

a) *Simulation*

Auf beiden Seiten fehlt es am Geschäftswillen, und durch den sogenannten Kauf soll bei Dritten nur der Schein dieses Rechtsgeschäftes erweckt werden. Wirklicher Wille und rechtsgeschäftliche Willenserklärung stehen beidseitig in *bewußtem* Widerspruch. Dann ist der Kauf simuliert, er erzeugt keinerlei Rechtswirkungen unter den Parteien¹.

¹ BGE 54 II 438 und vor allem 71 II 99 ff.

Kommentar BECKER N. 28 ff. zu Art. 18 OR.

Das besagt jedoch nicht, daß an sich nicht doch ein gültiges Rechtsgeschäft zustande gekommen sei: Unter dem simulierten Geschäft kann sich ein anderes, von den Parteien verbindlich gewolltes, ein dissimuliertes Geschäft versteckt halten. Wenn die für dieses Geschäft nötigen Erfordernisse erfüllt sind, so ist es gültig. Die weitere Auslegung hat zu ergeben, um was es sich dabei handelt. Möglich ist sowohl

aa. ein dissimulierter Pfandvertrag, als auch

bb. eine dissimulierte Sicherungsübereignung.

b) Falsa demonstratio

Vom Fall der Simulation zu unterscheiden ist das Rechtsgeschäft, das die Parteien, *ohne Absicht unrichtig benennen*. Die Kontrahenten *wollen* die Wirkungen einer Sicherungsübereignung, da sie jedoch das Institut nicht kennen, nennen sie ihren Vertrag kurzweg Kauf. Diese Situation ist bei der Sicherungsübereignung sehr häufig. Die Gültigkeit des Geschäftes in der Form, die dem Willen der Parteien entspricht, wird nicht berührt. *Falsa demonstratio non nocet* (OR Art. 18 I)².

Die falsche Bezeichnung wirkt sich nur auf die Gültigkeit des Geschäftes aus, wenn es formbedürftig ist, denn dann ist das beurkundete Geschäft nicht gewollt, das gewollte Geschäft aber nicht beurkundet: beide sind nichtig³.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 5 ff. zu Art. 18 OR.

VON TUHR/SIEGWART I 264 ff.

DENIS MADAY, Simulation, in: Schweizerische Juristische Kartothek, Karte 606.

WALTHER GAUDY, Die rechtliche Behandlung der Simulation (Diss. Zürich 1927) 26 ff.

MAX EHRENZELLER, Die Simulation von Verträgen nach schweizerischem Recht (Diss. Bern 1951) insbes. 43 ff.

ADOLF KELLERHALS, Simulation im Grundstückskauf (Diss. Bern 1952) 97 ff.

Für einen weiter gefaßten Begriff der Simulation treten ein:

AUGUST EGGER, Über Scheinehen, in: Festgabe Fritz Fleiner (Zürich 1937) 85 ff. S. 98 ff.

WALTER YUNG, Simulation, fiducie et fraude à la loi, in: Mélanges Georges Sauser-Hall (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff. S. 143 ff.

² BGE 41 II 618; 50 II 531.

Kommentar BECKER N. 26 zu Art. 18 OR.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 zu Art. 18 OR.

MADAY a.a.O. 3 unten.

ARTHUR MEIER-HAYOZ, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß (Diss. Zürich 1948) 138.

³ vgl. statt vieler BGE 71 II 99.

Jede fiduziarische Übereignung von Grundstücken erscheint deshalb solange fraglich, als nicht die wirkliche, rechtliche Qualifikation des Vertrages beurkundet und im Grundbuch genannt wird⁴.

II. Allgemeine Auslegungsregeln

Entscheidend ist⁵ der manifest gewordene, übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien, von übergeordneter, objektiver Warte aus betrachtet. «Das konkrete Rechtsgeschäft ist so auszulegen, wie vernünftige, korrekte Leute die Willensäußerung unter den vorliegenden Umständen verstanden haben würden»⁶.

Wegleitend bei dieser Auslegung muß neben dem Wortlaut der allgemeine Sprachgebrauch sein. Relevant ist das ganze Verhalten der Parteien, soweit es jeweilen der Gegenpartei erkennbar sein mußte, überhaupt die ganze Atmosphäre, die bei Vertragsschluß herrschte. Aufschluß kann etwa geben der wirtschaftliche Zweck, die finanzielle Lage der Parteien, das Verhalten nach Vertragsschluß und die Abwicklung des Geschäfts. Die ganze Verumständung des konkreten Falles ist zu Rate zu ziehen⁷.

MEIER-HAYOZ a.a.O. 138 ff.

EHRENZELLER a.a.O. 49 ff.

⁴ vgl. vorn 92 ff.

⁵ vgl. zum folgenden die Kommentare BECKER und OSER/SCHÖNENBERGER zu Art. 18 OR;

Kommentar EGGER N. 13 zu Art. 2 ZGB.

WALTHER BURCKHARDT, Die Auslegung der Verträge, in: ZBJV 71 (1935) 425 ff. S. 430.

ders., Methode und System des Rechts (Zürich 1936) 276 ff.

KARL OFTINGER, Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58 (1939) 178 ff.

AUGUST SIMONIUS, Über die Bedeutung des Vertrauensprinzips in der Vertragslehre, in: Festgabe zum schweiz. Juristentag (Basel 1942) 235 ff., 240.

MEIER-HAYOZ a.a.O. 127 ff.

FRITZ BOSSHART, L'interprétation des contrats (Diss. Genf 1939) 69 ff.

⁶ OFTINGER a.a.O., in: ZSR 58 (1939) 185 ff.

ähnlich Kommentar BECKER N. 6 zu Art. 18 OR.

Kommentar EGGER N. 13 zu Art. 2 ZGB.

SIMONIUS, Vertrauensprinzip a.a.O. 240.

Diese Methode der Auslegung stellt auf einen hypothetischen Willen ab, dem die Kongruenz mit dem «tatsächlichen Willen» fehlen kann.

⁷ vgl. Kommentar BECKER N. 19 ff. zu Art. 18 OR.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 23 ff. zu Art. 18 OR.

III. Besondere Anhaltspunkte

A. Sicherungszweck und Kauf schließen sich aus. Der Sicherungszweck weist gegen einen Kauf⁸.

B. Als Indizien für den Sicherungszweck mögen gelten⁹:

- a) die finanziell prekäre Lage des Schuldners¹⁰;
- b) Unentbehrlichkeit der Gegenstände beim Schuldner¹¹;
- c) kein direktes Interesse des Erwerbers an der Sache selbst (keine Verwendungsmöglichkeit)¹²;
- d) Verabredung des «Rückfalls» des Eigentums mit der Schuldtilgung oder «Rückkaufsrecht» des Schuldners¹³;
- e) Wenn der Gläubiger die Sache verkaufen darf: Vergütung des Mehrerlöses an den Schuldner¹⁴;
- f) Verbleib von Nutzen und Gefahr beim Veräußerer¹⁵;
- g) Ersatzpflicht des Schuldners für beschädigte oder untergegangene Gegenstände¹⁶;
- h) der Veräußerer hat die Versicherungskosten zu tragen¹⁷;

OFTINGER a.a.O., in: ZSR 58 (1939) 195.

MEIER-HAYOZ a.a.O. 135 ff. zu den besonderen Auslegungsregeln.

⁸ vgl. vorn 63 ff., insbesondere S. 67 N. 35 am Ende zu der im Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 242 geäußerten abweichenden Meinung.

⁹ Sie können einzeln oder kumulativ auftreten. vgl. auch die Auswertung der Praxis im Kommentar OFTINGER, N. 283 ff. zu Art. 884 ZGB.

¹⁰ BGE 72 II 235; 56 II 444; 42 II 17; 41 III 437.

BIZR 46 (1947) 13; 21 (1922) 78; 12 (1913) 373.

ZBJV 72 (1936) 653;

SJZ 14 (1917/18) 131.

¹¹ BGE 72 II 235; 42 II 17; 39 II 691.

BIZR 46 (1937) 13.

ZBJV 59 (1923) 34; 72 (1936) 653.

SJZ 19 (1922/23) 13; 14 (1917/18) 131.

¹² BGE 72 II 235; 42 II 17.

¹³ BGE 72 II 236.

SJZ 19 (1922/23).

BGE 56 II 445; 41 III 437; 40 II 46.

BIZR 46 (1947) 13; 21 (1922) 76.

¹⁴ BGE 40 II 45.

¹⁵ BGE 72 II 236; 42 II 18.

BIZR 46 (1947) 87.

ZBJV 59 (1923) 34.

¹⁶ BGE 42 II 18.

ZBJV 59 (1923) 34.

¹⁷ ZBJV 59 (1923) 34.

- i) er hat für den Unterhalt der Sache zu sorgen¹⁸;
- k) Die Höhe des Darlehens bzw. des Kaufpreises entspricht nicht dem Wert der veräußerten Sache¹⁹;
- l) die Gegenstände sind auswechselbar²⁰;
- m) trotz Verrechnungserklärung Weiterbestand der Forderung²¹;
- n) allgemein typisch für Sicherungsübereignungen mit Besitzkonstitut ist ein Kauf mit Rückkaufsrecht, verbunden mit miet- oder leihweiser Belassung der Gegenstände beim Schuldner.

C. Die *Übereignung* wird immer dann *ernst gemeint* sein:

- a) wenn die Gegenstände für den Schuldner unentbehrlich sind, ein Faustpfand also nicht bestellt werden kann;
- b) wenn eine Verfallabrede getroffen wird²²;
- c) wenn der Gläubiger eine besonders einfache und besonders starke Stellung erlangen soll.

D. Abgesehen von diesen Fällen liegt die Ernsthaftigkeit der Übereignung außer Zweifel, wenn der Gläubiger eindeutig die Stellung eines Eigentümers bekleidet²³ oder wenn ihm von einem Drittveräußerer Konnossemente übergeben werden für Waren, die an den Schuldner gelangen sollen²⁴. Auch mag die direkte Benennung des Vertrages als Sicherungsübereignung die Diagnose erleichtern²⁵.

¹⁸ BGE 72 II 236.

BIZR 46 (1947) 87.

¹⁹ BGE 24 II 576; 36 II 1.

ZBJV 42 (1906) 614.

²⁰ BGE 72 II 235; 41 III 437; 40 II 46.

²¹ BGE 41 III 437.

BIZR 21 (1922) 78.

SJZ 19 (1922/23) 13.

und aus der Praxis vor 1912:

BGE 19 888; 22 229; 23 1079; 29 II 518; 36 II 1.

ZBJV 39 (1903) 19.

vgl. zu der im Kommentar OFTINGER (Systematischer Teil, N. 242 und N. 284 zu Art. 884 ZGB) geäußerten, abweichenden Meinung vorn 67 N. 35 am Ende.

²² BGE 56 II 444.

BIZR 46 (1947) 13.

²³ BIZR 46 (1947) 86; hierher gehören die Sicherungsübereignungen von Warenlagern, die in Lagerhäusern aufbewahrt sind. vgl. vorn 116 N. 31 und den Tatbestand von BGE 71 III 80.

²⁴ BIZR 12 (1913) 74.

²⁵ SJZ 33 (1936/37) 378 und VAargR 36 (1936) 11.

BIZR 46 (1947) 86.

E. Grundsätzlich ist weiter zu bemerken, daß die Parteien die *Übereignung* fast durchwegs *wirklich wollen*. Es bestehen in diesem Punkte bei der Sicherungsübereignung wesentlich geringere Zweifel als etwa bei den Fällen der Verwaltungstreuhand. Dort läßt sich nämlich ohne weiteres denken, daß die Parteien ihr Ziel auch mit *Simulation* erreichen könnten²⁶, indem Dritten gegenüber nur *der Schein* eines Rechtsüberganges bewirkt wird.

Hingegen trifft diese Überlegung für die Sicherungsübereignung nicht zu. Das ergibt sich aus der besonderen Interessenlage des Geschäfts: dem Gläubiger ist an einer dinglichen Sicherheit gelegen, die Übereignung dient eindeutig seinem Vorteil; es soll nicht nur Dritten gegenüber der Eindruck einer Übereignung erweckt werden.

Wenn nachträglich der Schuldner zur Erklärung tendiert, die Übereignung sei nicht ernst gemeint gewesen, so läßt sich das aus seiner Situation sehr wohl erklären: Die Nichtigkeit des Geschäfts würde ihm meistens zum Vorteil gereichen. Zur Annahme der Simulation müßte aber ein *beidseitiges* bewußtes Nichtwollen nachgewiesen werden. Das aber wird schwer halten, weil es *dem Gläubiger* auf alle Fälle ernst ist, wenn er mit dem Schuldner eine Übereignung verabredet.

IV. Die Gerichtspraxis

In der Rechtsprechung läßt sich im allgemeinen ein gewisser Hang feststellen, die «Sicherungskäufe» als simuliert zu betrachten. Das ist wohl aus ähnlicher Überlegung zu erklären, wie sie etwa in der Formulierung zum Ausdruck kommt: daß es einem Bedürfnis der Rechtssicherheit entspreche, «solche nicht immer einwandfreie Rechtshandlungen als nichtig zu erklären . . .». Was das praktischere sei, sei stets das bessere, (WALTHER GAUDY, Die rechtliche Behandlung der Simulation [Diss. Zürich 1927] 31 ff.). Oder etwa, wenn im Anschluß an die frühere Bundesgerichtspraxis, die zwar die Sicherungsübereignung grundsätzlich zuließ, das Geschäft aber dann regelmäßig als simuliert betrachtete, weil die «Käufe» nicht ernst gemeint waren, erklärt wird: «Diese ältere Auffassung darf für sich in Anspruch nehmen, daß sie die *lebenswahrere*, natürlichere und einfachere ist. Sie lehnt es ab, ein Rechtsgeschäft als ein *ernstlich gewolltes* zu behandeln, das nach dem Willen der Parteien

²⁶ Daraufhin weist auch

WALTER YUNG, Simulation, fiducie, fraude à la loi, in: Mélanges Georges Sauser-Hall (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff. S. 143 ff.

um *alle seine wesentlichen Wirkungen gebracht*, denaturiert, ja innerlich recht eigentlich *negiert* wird» (AUGUST EGGER, Über Scheinehen, in: Festgabe Fritz Fleiner [Zürich 1937] 85 ff. S. 101).

Aufgabe des Richters aber ist es, die rechtliche Qualifikation eines Vertrages vorzunehmen und die *wirkliche* Parteiabsicht zu eruieren. Diese widerspricht bei der Sicherungsübereignung dem Umsatzzweck des Kaufes, aber das Problem läßt sich nicht einfach dadurch lösen, daß man den Kauf und damit das ganze Geschäft als simuliert erklärt. In der neueren Rechtsprechung (vor allem BGE 72 II 235) wird jedoch fast durchwegs der Begriff der (reinen) Sicherungsübereignung angenommen und die Bekämpfung unerlaubter Formen auf Grund von ZGB Art. 717 durchgeführt²⁷.

§ 11. Betreibungsrechtliche Verhältnisse

I. Konkurs

A. Allgemeines

a) Das Prinzip der Generalität der Exekution

Das im Konkursrecht herrschende Prinzip der Generalität der Exekution kommt in zwei Richtungen zum Ausdruck: einmal geht die Vollstreckung nicht nur auf *einzelne* dem Schuldner gehörende Wertobjekte, sondern sie erfaßt die *Gesamtheit* des schuldnerischen Vermögens überhaupt, welches das sog. Konkurssubstrat bildet. Der Grundsatz der Generalexekution hat weiter zur Folge, daß die Vollstreckung nicht nur zugunsten *einzelner* Gläubiger in Gang gesetzt wird, sondern für *alle* überhaupt feststellbaren Gläubiger ein möglichst günstiges Liquidationsergebnis erzielt werden soll.

Zur Konkursmasse gehört zunächst alles, was dem Schuldner *an Eigentum* zusteht mit Ausnahme der Kompetenzstücke (SchKG Art. 197 I) und derjenigen Rechte und Ansprüche, die sich wegen ihrer höchstpersönlichen Natur zu einer Verwertung nicht eignen. Nicht zum Konkurssubstrat gehören auch alle jene Gegenstände, die der Gemeinschuldner nur auf Grund eines obligatorischen Verhältnisses, wie Hinterlegung, Auftrag oder Miete, im Besitz hat. Der dinglich Berechtigte kann in diesen Fällen nach SchKG Art. 242 die *Aussonderung* verlangen. Dasselbe

²⁷ vgl. Kommentar OFTINGER, N. 296 zu Art. 884 ZGB.

gilt auch für Vermögensobjekte, an denen der Gemeinschuldner nur beschränkt dinglich berechtigt ist, wie das zum Beispiel beim *Pfandrecht* zutrifft. Auch hier vermag der Eigentümer ein Aussonderungsrecht geltend zu machen. Eine Einschränkung besteht einzig insofern, als der Konkursverwaltung dieselben Rechte zustehen wie dem Gemeinschuldner, sie kann den Pfandgegenstand solange zurückhalten, als der Pfandschuldner nicht seiner Verbindlichkeit nachgekommen ist¹. Entschließt sich der Pfandschuldner, an die Konkursmasse zu zahlen, so wird ihm das Pfand zurückgegeben, zahlt er jedoch bei Fälligkeit der Schuld nicht, so ist die Konkursverwaltung zur Verwertung berechtigt, genau so, wie es der Pfandgläubiger gewesen wäre.

b) Das Problem fiduziarischen Eigentums im Konkurs

In der Literatur zum fiduziarischen Rechtsgeschäft bildete die Rechtslage, wie sie sich aus der Betreibung eines der Kontrahenten ergibt, seit jeher die eigentliche Dominante. Es handelt sich unbestrittenermaßen um die bestrittenste aller Streitfragen des Treuhandrechts². Die Ursache liegt nach dem Gesagten auf der Hand: Da der Fiduziar Eigentümer wird, fällt das Treugut ohne weiteres auch in seine Konkursmasse und dient zur Befriedigung der Gläubiger des Fiduziars, die sich damit auf Kosten des Fiduzianten bereichern. Dieses Resultat muß dann besonders unbillig erscheinen, wenn das Treugut dem Fiduziar im ausschließlichen Interesse des Fiduzianten übergeben wurde, wie das bei der häufig vorkommenden Verwaltungstreuhand der Fall ist. Diese Konsequenz zu vermeiden, war deshalb Ziel zahlreicher Bemühungen, die zu den bereits vorn³ gestreiften Theorien vom geteilten Eigentum führten. Durch diese Konstruktion wurde es möglich, dem Fiduzianten die Aussonderung des Treugutes aus der Konkursmasse zu gewähren, denn nur das «juristische» oder «äußere» Eigentum hatte den Zuständigen gewechselt, das «wirtschaftliche» oder «innere» Eigentum war beim Fiduzianten geblieben.

In Deutschland hat die Theorie vom geteilten Eigentum festen Fuß gefaßt und man gestattet dem Fiduzianten die Aussonderung des Treugutes im Konkurs des Fiduziars. Diese Praxis scheint heute gewohnheitsrechtlich verankert zu sein⁴.

¹ Kommentar JAEGER N. 4 A. zu Art. 197 SchKG.

² ERZER 152.

³ vgl. vorn 95 ff.

⁴ vgl. aus der konstanten Praxis des Reichsgerichtes etwa:

In der Schweiz hat man die juristisch saubere einer vielleicht billiger erscheinenden, aber klare Rechtsbegriffe verwischenden Konstruktion vorgezogen und die Konsequenzen der Vollrechtstheorie auch in dieser Richtung gezogen⁵. Zum Teil wird auch darauf hingewiesen, daß die Parteien aus freiem Willen das Risiko der Übereignung auf sich ge-

RGE 45 80; 79 121; 94 305.

vgl. auch für den Konkurs des Fiduzianten:

RGE 24 45; 91 14; 124 75.

Kommentar JAEGER N. 38 ff. zu § 43 KO und die dortige Zusammenstellung der Literatur.

WERNER STAUFFACHER, Zur Aussonderung fiduziarisch übertragener Werte im Konkurs des Fiduziars (Diss. Leipzig 1909).

HELLMUT NAGEL, Das Sicherungseigentum im Konkurs und in der Zwangsvollstreckung (Diss. Breslau 1939).

anderer Meinung vor allem VON TUHR, BÜR III 198 ff., der sich seinerzeit mit allem Nachdruck gegen die herrschende Ansicht wandte.

⁵ Die Praxis des Bundesgerichts: grundlegend und ausführlich BGE 39 II 801 ff., ferner 43 III 346; 71 II 103.

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 252. (Eine früher [vgl. OFTINGER, Eigentumsübertragung 72 ff. und 132 ff.] vorgeschlagene Aussonderungsmöglichkeit wird hier fallengelassen.)

Kommentar HAAB N. 23 zu Art. 641 ZGB.

Kommentar JAEGER N. 4 C e zu Art. 197 SchKG.

Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 24 zu Art. 17 OR.

VON TUHR/SIEGWART I 196.

KELLER 68 ff.

REYMOND 52 ff.

HOWALD 79 ff.

BERGMAIER 210 ff.

REICHWEIN 323 ff.

PIERRE AEBY, L'acte fiduciaire dans le système du droit civil suisse, in: ZSR 31 (1912) 149 ff. S. 192.

ALBERT BOSSHARD, Die Abtretung zahlungshalber und an Zahlungsstatt (Diss. Zürich 1926) 50.

MAX ROHNER, Die Sicherungsabtretung von Buchforderungen (Diss. Bern 1937) 72, 90.

BIZR 14 (1915) Nr. 13 S. 13.

anderer Meinung:

STAUFFACHER a.a.O. 20 ff.

BIZR 5 (1906) Nr. 184 S. 271.

ERZER 152 ff. bejaht ein Aussonderungsrecht des Fiduzianten auf Grund von Art. 401 OR, wenn ein Auftrag das Grundgeschäft eines Treuhandverhältnisses bildet. Ebenso Paul Madöry, Die Verwaltungstreuhand . . . (Diss. Basel Maschinenschrift 1946) 45 ff.

nommen hätten und die konkursrechtliche Folge deshalb mit in Kauf nehmen müssen⁶.

Bei der *Sicherungsübereignung* im besonderen spielt die Frage eine etwas weniger gewichtige Rolle. Das ergibt sich aus der Interessenlage der Sicherungstreuhand, die von derjenigen der Verwaltungstreuhand im wesentlichen doch abweicht. Die Verwandtschaft besteht nur genetisch, nicht logisch. Liegt bei der Verwaltungstreuhand das Schwergewicht auf dem Auftragsverhältnis, das der Fiduziar im Sinne der Anweisungen des Fiduzianten zu beachten hat, erfolgt bei der Sicherungstreuhand quasi eine Interessenteilung: der Schuldner erhält seinen Kredit und der Gläubiger die Sicherung dafür. Die Sicherungsübereignung ist ja die Vorstufe einer *Leistung*.

Wie sich die Verhältnisse im einzelnen gestalten, sei im weiteren untersucht.

B. Konkurs des Fiduziars

Gerät der Fiduziar in Konkurs, so fällt der Sicherungsgegenstand in die Konkursmasse. Diese Konsequenz ergibt sich ohne weiteres aus der Verneinung jeder weiteren dinglichen Berechtigung des Fiduzianten. Gleichzeitig wird aber auch die Forderung selbst, die durch den Gegenstand gesichert worden ist, Bestandteil des Konkurssubstrates, denn auch sie gehört zum Vermögen des Fiduziars. Hierin besteht der Unterschied zum Pfandrecht, wo das Pfand zwar zunächst im Gewahrsam der Konkursverwaltung bleibt, jedoch nicht zur Konkursmasse zu ziehen ist.

Dem Fiduzianten stehen in diesem Augenblick zwei Möglichkeiten offen: entweder leistet er an die Konkursmasse, unabhängig davon, ob die Forderung fällig ist oder nicht, oder er verzichtet auf Leistung und wartet die Verwertung des Sicherungsgegenstandes ab. Die Fälle sind getrennt zu betrachten.

a) Wenn der Fiduziant an die Konkursmasse leistet

Entschließt sich der Fiduziant zur *Leistung* des Betrages, den er dem konkursiten Fiduziar schuldet, so erlöscht damit die Forderung. Die Wirkungen dieses Untergehens der Forderung sind verschieden, je nachdem die Übereignung kausal oder abstrakt erfolgt.

aa. Bei *abstrakter Übereignung*. Solange die Übereignung abstrakt erfolgte, gestaltete sich die Rechtslage folgendermaßen:

⁶ BGE 39 II 814.

aaa. Hatte die Vertragsauslegung ergeben, daß eine Resolutivbedingung *nicht gewollt sein konnte*, so entstand für den Fiduzianten einzig ein obligatorischer Anspruch auf Rückgabe der Sache. Er wurde gewöhnlicher Konkursgläubiger, nicht etwa Massagläubiger und stand damit auf derselben Stufe wie die restlichen Gläubiger. Da die Forderung keine Geldzahlung zum Gegenstand hatte, mußte sie vom Fiduzianten in eine Geldforderung von entsprechendem Werte verwandelt (SchKG Art. 211 I) und als solche nunmehr geltend gemacht werden. Entscheidend für die Berechnung des Umwandlungsbetrages war das Erfüllungsinteresse (OR Art. 97)⁷. Die Befriedigung erfolgte nur in Form einer Konkursdividende, also im entsprechenden Verhältnis zu den übrigen Konkursforderungen⁸.

bbb. Anders lagen die Verhältnisse nur, wenn die *Übereignung resolutiv bedingt* war. Im Momente der Leistung wurde hier der Fiduziant wiederum Eigentümer und konnte auch sein Aussonderungsrecht geltend machen.

bb. Bei kausaler Übereignung

Mit der Kausalität der Übereignung hat meines Erachtens auch diese Frage eine adäquate Lösung gefunden: Leistet der Schuldner an die Konkursmasse, so fällt der Rechtsgrund der Übereignung dahin und das Eigentum geht ohne weiteres auf den Fiduzianten zurück⁹.

Es liegt deshalb im eindeutigen Interesse des Schuldners, seiner Verbindlichkeit nachzukommen, wenn er seine Sache zurückerhalten will.

VON TUHR/SIEGWART 196.

vgl. auch HOWALD 80.

⁷ Kommentar JAEGER N. 2 zu Art. 211 SchKG.

ERNST BLUMENSTEIN, Handbuch des Schweiz. Schuldbetreibungsrechtes (Bern 1911) 654.

⁸ Das Ergebnis mag zunächst unbefriedigend erscheinen, gestattete es doch ohne weiteres die Bereicherung der Gläubiger des Gemeinschuldners auf Kosten des Fiduzianten. Diese Folge lag aber durchaus im Wesen unseres Konkursrechtes: wer sich seines Eigentums begibt, läuft immer das Risiko, daß er bei Insolvenz des Partners zu Schaden komme. In derselben peinlichen Lage befindet sich etwa auch ein Verkäufer, der die Übereignung vornimmt, bevor der Kaufpreis bezahlt wurde. Fällt der Schuldner in Konkurs, kann auch er nicht aussondern, sondern muß sich mit einer Konkursforderung begnügen. Das lag im Sinne einer eindeutigen Rechtslage, wie sie in der Umschreibung des Konkursbeschlages (Art. 197 SchKG) und des Aussonderungsrechtes (Art. 242 SchKG) angestrebt wird. Die Entscheidung vollzog sich damit zugunsten eines klaren Rechtsprinzips, «welches, wie jede feste Rechtsregel, dem Billigkeitsgefühl nicht immer entspricht, dafür aber den Vorzug hat, einen sicheren Rechtszustand zu schaffen» (VON TUHR, BÜR III 206).

⁹ vgl. vorn 142 ff.

b) *Wenn der Fiduziant nicht an die Konkursmasse leistet.* Bringt es die finanzielle Lage des Schuldners mit sich, daß er auf eine Leistung an die Konkursmasse verzichten muß, so ist zu beachten, daß sowohl Sicherungsgegenstand, wie gesicherte Forderung in der Konkursmasse liegen. Um der Gefahr zu entgehen, daß er quasi zweimal leisten muß, indem zuerst der Sicherungsgegenstand verwertet und im weiteren auch Zahlung von ihm verlangt wird, muß der Fiduziant selbst eine Konkursforderung einreichen auf Rückgabe der Sache, die sich auch hier nach dem Erfüllungsinteresse bemißt. Da diese Forderung auf Rückgabe nicht liquid ist, solange der Fiduziant nicht leistet, muß sie nach SchKG Art. 210 bedingt eingereicht werden. Die Konkursforderung des Fiduzianten gegen die Konkursmasse kann von der Konkursverwaltung ohne weiteres mit der Forderung verrechnet werden, die der Konkursmasse gegen den Fiduzianten zusteht. Daran ändert auch die Bedingtheit der eingereichten Forderung nichts. Die Kompensation der beiden Forderungen wird einen Restbetrag ergeben, sei es zugunsten der Konkursmasse, sei es zugunsten des Fiduzianten. Lautet das Resultat auf einen Überschuß für die Rechnung des Fiduzianten, so wird ihm in der Verteilung des Verwertungsergebnisses ein verhältnismäßiger Anteil zugewiesen, der ihm sofort ausbezahlt werden kann, unabhängig davon, ob die Forderung fällig war oder nicht. Es wäre ein reiner Formalismus, das Superfluum solange bei der Depositenstelle zu hinterlegen (SchKG Art. 264 III), bis die Forderung fällig würde. Anders ist nur zu entscheiden, wenn sich aus der Verrechnung ein Plus für die Konkursmasse ergab. Der Restbetrag kann in diesem Falle erst im Zeitpunkt der Fälligkeit der gesicherten Forderung vom Fiduzianten verlangt werden.

C. Konkurs des Fiduzianten

Mit der Konkurseröffnung werden sämtliche Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners der Konkursmasse gegenüber fällig (SchKG Art. 208). Daraus ergibt sich für den Fiduziar die Möglichkeit, einerseits die gesicherte Forderung als Konkursforderung voll einzureichen, andererseits tritt aber auch die Bedingung ein, unter der die Übereignung zahlungshalber erfolgte: Der Fiduziar wird vertragsgemäß zur Verwertung der Sache verpflichtet, er kann von der Konkursverwaltung dazu angehalten werden. Ergibt sich ein Superfluum, ist dieses an die Konkursmasse herauszugeben. Mit der Befriedigung des Fiduziars erlöscht auch seine Forderung. Reicht der Erlös aus der Verwertung nicht aus zur

Deckung des Fiduziars, steht ihm für den Restbetrag noch eine Konkursforderung zu.

II. Pfändung

A. Die Pfändung auf seiten des Fiduziars

Als Eigentum des Fiduziars fallen sowohl Forderung wie Sicherungsgegenstand in den Pfändungsnexus, und der Fiduziant hat keinerlei Aussicht, in einem Widerspruchsverfahren (SchKG Art. 106 ff.) durchzudringen. Die einzige Möglichkeit, dieser Situation zu entinnen, ergibt sich für den Fiduzianten aus einer Zahlung an den Fiduziar. Die Forderung erlöscht damit und das Eigentum fällt an ihn zurück.

B. Pfändung auf seiten des Fiduzianten

Befindet sich der Sicherungsgegenstand beim Fiduziar, so wird einem anderen Gläubiger des Fiduzianten mit einer Widerspruchsklage kein Erfolg beschieden sein.

Ist die Sache infolge eines besonderen Rechtsverhältnisses beim Fiduzianten geblieben (Besitzkonstitut), so kann der Fiduziar sein Recht anmelden und die Entlassung der Sache aus dem Pfändungsnexus verlangen (SchKG Art. 106/7). Vorbehalten bleibt dem pfändenden Gläubiger jedoch die Feststellung seiner Benachteiligung durch die Sicherungsübereignung mit Besitzkonstitut, womit dem Fiduziar sein Eigentum entzogen würde.

III. Paulianische Anfechtung

A. Allgemeines

Die grundsätzlich jedem Rechtsgenossen zustehende Verfügungsfreiheit bringt für die Gläubiger eines in mißlichen Vermögensverhältnissen stehenden Schuldners die Gefahr mit sich, daß dieser Vermögensstücke aus den Händen gibt, die zu ihrer Befriedigung hätten verwendet werden können. Dem sucht das System der Anfechtungsklagen (SchKG Art. 285 ff.) vorzubeugen, indem bestimmte, früher erfolgte Rechtshandlungen des Schuldners unter gewissen Voraussetzungen ungültig erklärt werden können, wenn durch sie das Substrat einer gegen ihn gerichteten Betreibung verkleinert wird. Stets im Hinblick auf eine bestimmte Schuldbetreibung erfolgend, ist die Natur der *actio pauliana* auch eine spezifisch

betriebsrechtliche, also nicht etwa Selbstzweck¹⁰. Das unterscheidet sie grundsätzlich von der Klage nach ZGB Art. 717, wo der Richter jederzeit angerufen werden kann, wenn nur durch eine mit Besitzkonstitut erfolgende Sicherungsübereignung Gläubiger benachteiligt werden, unabhängig vom Erfordernis einer in Aussicht stehenden Betreibung. Auch die übrigen Voraussetzungen sind nicht dieselben.

Der rein betriebsrechtliche Zweck wirkt sich insofern aus, als sich der Streitwert der Anfechtungsklage nicht nach dem Wert des veräußerten Gegenstandes richtet, sondern nach der Höhe der geltendgemachten Forderung. Ferner wird das angefochtene Rechtsgeschäft nicht schlechthin nichtig, durch die erfolgreiche Anfechtung wird der Gläubiger einzig berechtigt zu verlangen, daß die Vermögensstücke für eine betriebsrechtliche Exekution zur Verfügung gestellt werden. Das Eigentum wechselt aber zunächst den Zuständigen nicht, es bleibt vorläufig beim Erwerber, ein Überschuß ist an ihn, nicht an den Schuldner zu erstatten.

B. Überschuldungsanfechtung (SchKG Art. 287)

Mit der Überschuldungspauliana kann die Bestellung eines *Pfandrechts* angefochten werden, wenn die besonderen Bedingungen des Art. 287 I Ziff. 1 SchKG erfüllt sind: Vornahme der Verpfändung innert sechs Monaten vor der Einleitung der Betreibung, Überschuldung des Verpfänders zur Zeit der Pfandbestellung, Bestehen der zu sichernden Verbindlichkeit im Zeitpunkt der Begründung des Pfandrechts und keine schon früher vorgelegene Verpflichtung des Schuldners zur Sicherstellung.

Obschon das Gesetz nur vom Pfandrecht spricht, ist die Anfechtungsmöglichkeit wohl auf jedes Geschäft auszudehnen, das zur Sicherstellung verwendet werden kann. Der wirtschaftliche Erfolg ist genau derselbe, nur die juristische Form ist eine andere. Wenn aber die *benachteiligende Wirkung* einer Pfandbestellung auf die Gläubigerschaft verhindert werden soll, so darf man kaum durch eine reine Verbalinterpretation daran festhalten, daß das Gesetz nur die Form des Pfandrechts erfasse. Auf diesem Boden steht auch das *Bundesgericht*, das seine frühere Praxis¹¹ aufgegeben hat und die Anfechtbarkeit auf alle Geschäfte ausdehnt, die den wirtschaftlichen Erfolg des Pfandrechts auf anderem Wege erreichen¹².

¹⁰ BLUMENSTEIN a.a.O. 855 ff.

¹¹ BGE 26 II 203 ff.

¹² BGE 38 II 728 ff. «Der Pfandbestellung im Sinne von Art. 287 Ziff. 1 SchKG stehen nach der Praxis des Bundesgerichtes alle Geschäfte gleich, die wirtschaftlich Pfandrechtswirkung haben», BGE 57 III 145.

C. Absichtsanfechtung (SchKG Art. 288)

«Anfechtbar sind endlich, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Vornahme, alle Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Teil erkennbaren Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu beeinträchtigen oder einzelne Gläubiger zum Nachteil anderer zu begünstigen» (SchKG Art. 288).

Als *Rechtshandlung*, die zur Benachteiligung im Sinne von SchKG Art. 288 führt, ist die Sicherungsübereignung ohne weiteres denkbar, denn das den Gläubigern zur Verfügung stehende Exekutionssubstrat wird durch die Übereignung vermindert.

Das Bundesgericht geht in der Zulassung der Absichtspauliana sehr weit, wenn es neben dem Benachteiligungsvorsatz auch bloße *Fahrlässigkeit* als genügend erachtet. Die Benachteiligungsabsicht braucht nach dieser Praxis keine direkte zu sein. Sie ist schon dann anzunehmen, wenn der Schuldner voraussehen mußte, daß die Hintansetzung der Gläubiger eine notwendige Folge jener Handlung sein werde, und diese nichtsdestotrotz vornahm¹³.

Im Wesen jedes Sicherungsgeschäftes liegt es, daß durch seine Vornahme ein Gläubiger gegenüber anderen Gläubigern bevorzugt wird. In jedem Falle eines Sicherungsgeschäftes von Benachteiligungsabsicht sprechen zu wollen, wäre vollkommen sinnlos, das hätte zur Folge, daß praktisch jede Pfandbestellung und jede Sicherungsübereignung paulianisch anfechtbar würden. Das Bundesgericht betrachtet deshalb bei einer Pfandbestellung die *Überschuldung* des Pfandgebers im Zeitpunkt der Pfandbestellung als objektive Voraussetzung der Absichtspauliana¹⁴. Das soll

vgl. auch Kommentar JAEGER N. 6 zu Art. 287 SchKG.

Kommentar JAEGER/DÄNIKER N. 6 zu Art. 287 SchKG.

ERZER 113.

REYMOND 58.

BERGMAIER 93 ff.

¹³ BGE 40 III 391; 41 III 74; 43 III 251; 55 III 87.

KOMMENTAR JAEGER/DÄNIKER N. 6 zu Art. 288 SchKG.

BLUMENSTEIN a.a.O. 887.

WALTER HANGARTNER, Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht (Diss. Zürich 1929) 32 ff.

L. BIRCHLER, Zur Frage der Anfechtbarkeit von Pfandbestellungen nach Art. 288 SchKG (Deliktspauliana), in: SJZ 22 (1925/26) 1 ff. 1.

¹⁴ BGE 30 II 165; 47 III 103.

KOMMENTAR JAEGER/DÄNIKER N. 6 zu Art. 288 SchKG.

BIRCHLER a.a.O. 1 ff.

HANGARTNER a.a.O. 34 ff.

auch für die Sicherungsübereignung so gelten. Nicht anfechtbar wird aber eine Sicherungsübereignung dann sein, wenn der Fiduziar im guten Glauben und ohne die Möglichkeit, eine Schädigung der Gläubiger des Fiduzianten erkennen zu können, seinem Schuldner, der sich nach seiner Meinung nur vorübergehend in Zahlungsschwierigkeiten befindet, Kredit gewährt. «Die Anfechtungsklage, die den Schutz der Gläubiger bezweckt, will nicht verhindern, daß einem bedrängten Schuldner durch Gewährung von Zahlungsmitteln geholfen werde, sofern nur diese Hilfe ernstlich als erfolgsversprechend betrachtet werden kann»¹⁵.

Als erkennbar ist das zu betrachten, was bei Anwendung der durch die Umstände gebotenen Aufmerksamkeit hatte erkannt werden müssen. Es genügt also auch hier bloße Fahrlässigkeit auf seiten des Fiduziars¹⁶.

D. Schenkungsanfechtung (SchKG Art. 286)

Da die Sicherungsübereignung nur in Ausnahmefällen als unentgeltliche Zuwendung erscheint¹⁷, fällt die Anwendbarkeit der Schenkungspauliana praktisch außer Betracht¹⁸.

§ 12. Rechte und Pflichten der Parteien

I. Allgemeines

Aus den allgemeinen Betrachtungen zur Rechtsnatur der Sicherungsübereignung sind drei Gesichtspunkte für die Bestimmung der Rechte und Pflichten der Kontrahenten hervorzuheben. Grundlegend wird einmal sein, daß sich die Sicherungsübereignung begrifflich von jedem im Gesetz geregelten Vertrag unterscheidet, somit einen Innominatskontrakt darstellt, dessen Inhalt in erster Linie vom Parteiwillen bestimmt wird. Ist dieser ergänzungsbedürftig, müssen Lehre und Praxis lückenfüllend eingreifen, indem vom mangelnden *ausdrücklichen* Parteiwillen absehend, auf einen *hypothetischen* abgestellt wird, dessen Inhalt sich danach bestimmt, was die Parteien vernünftigerweise vereinbart hätten, wenn sie an den besonderen Fall gedacht hätten. Die Entscheidung ist zu treffen gestützt auf die Vorschriften des allgemeinen Teils der OR und, wo das

¹⁵ BGE 53 III 80; vgl. auch 59 III 79 ff.; 65 III 147.

¹⁶ Kommentar JAEGER N. 5 zu Art. 288 SchKG.

BIRCHLER a.a.O. 4.

¹⁷ vgl. vorn 89 ff.

¹⁸ anderer Meinung BERGMAIER 94 ff.

möglich erscheint, in Anlehnung an Vertragstypen, die das Gesetz selbst behandelt¹.

Wenn im weiteren nur von den Pflichten der Parteien die Rede ist, nicht aber von den Rechten, so soll das eine unnötige Wiederholung vermeiden, indem eine Pflicht auf der einen Seite in entsprechender Weise ein Recht auf der anderen Seite erzeugt.

Wo eine analoge Anwendung von Pfandrechtsnormen angezeigt ist, wird nur rudimentär auf deren Gehalt eingegangen, es kann hier auf die einschlägige Literatur verwiesen werden².

II. Pflichten des Fiduziars

A. Vor der Schuldfähigkeit

a) Grundsätzliches

Das Verhalten des Gläubigers ist in dieser Zeitspanne eindeutig bestimmt durch den Sicherungszweck, der dem Geschäft innewohnt. Die Sicherungsübereignung soll den Gläubiger vor einer drohenden Gefahr bewahren, deren möglicher Eintritt jedoch in der Zukunft liegt. Der Fiduziar soll aus dem Geschäft keine übermäßigen Vorteile ziehen, die der Bestimmung des Geschäftes widersprechen. Wenn er auch Eigentümer der Sache ist, hat er doch die Interessen des Schuldners zu wahren, dessen Statthalter er auf Grund seiner persönlichen Verpflichtung ist. Diese Verpflichtung allgemeiner Art bedarf nicht der ausdrücklichen Parteivereinbarung, sie ergibt sich schon aus dem Sicherungszweck.

b) Pflicht zur Erhaltung des Sicherungsgegenstandes

Aus diesem allgemeinen Gesichtspunkt ergibt sich zunächst eine *Sorgfaltspflicht* hinsichtlich Verwahrung und Unterhalt. Die Art der Aufbewahrung bestimmt sich nach der Beschaffenheit des Sicherungsgegenstandes; sie hat gehörig zu sein³. Zu einer Veräußerung oder Verpfändung

¹ Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 4 vor Art. 184–551 OR.
VON TUHR/SIEGWART I 234.

KARL OFTINGER, Der Trödelvertrag (Habilitationsschrift Zürich 1937) 7 ff.
ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II Recht der Schuldverhältnisse (13. Bearbeitung, Tübingen 1949/50) II 378.

² vgl. die Kommentare zu ZGB Art. 890/1.

HAFFTER 81 ff.

eingehend auch BERGMAIER 175 ff.

³ vgl. Kommentar LEEMANN N. 3 ff. zu Art. 890 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 2 zu Art. 890 ZGB.

des Gegenstandes bedarf es der Einwilligung des Schuldners, dessen Weisungen überhaupt für das gesamte Verhalten des Gläubigers soweit maßgebend sind, als sie nicht seine Stellung als Sicherungsgläubiger beeinträchtigen⁴. Eine Veräußerung ohne Einwilligung wird nur dann zulässig sein, wenn eine Wertminderung unmittelbar zu befürchten ist und ihr nur durch sofortigen Verkauf zu entgehen ist⁵.

Wenn der Fiduziar die Sache nicht veräußern *darf*, so ist allerdings zu beachten, daß er es kraft seiner Stellung als Eigentümer ohne weiteres *kann*. Der Inhalt seines Rechtes bestimmt sich nach ZGB Art. 641, und das ihm auferlegte Veräußerungsverbot hat nur persönliche Wirkung. Ein dinglich wirkendes Veräußerungsverbot würde gegen den *numerus clausus* der Sachenrechte verstoßen, einer dahingehenden Bestimmung kommt deshalb nur innerhalb der Parteien Bedeutung zu⁶. Ein Dritter erwirbt somit auch Eigentum vom Gläubiger, wenn er um die besondere Stellung des Fiduziars weiß. ZGB Art. 933 bezieht sich nur auf den Erwerb vom *Nichtberechtigten*.

c) *Schadenersatzpflicht*

Verstößt der Fiduziar gegen eine der ihm obliegenden Pflichten, so wird er wegen *Vertragsverletzung* schadenersatzpflichtig (OR Art. 97 I). Eine Anlehnung an die pfandrechtliche Haftung (ZGB Art. 890) ist nicht angezeigt, die Normen über die Nichterfüllung vertraglicher Verpflichtung ergeben eine genügende Handhabe⁷.

d) *Nutzen*

Es besteht keine Vermutung, daß der Nutzen dem Fiduziar zufallen solle, hingegen kann die Parteivereinbarung dahin gehen, daß die Früchte

⁴ vgl. BIZR 12 (1913) 74.

REYMOND 42.

BERGMAIER 183.

KELLER 62.

⁵ BERGMAIER 183.

⁶ vgl. Kommentar OSER/SCHÖNENBERGER N. 25 zu Art. 20 OR.

Kommentar HAAB/SIMONIUS N. 45 ff. zu Art. 714 ZGB.

Kommentar WIELAND N. 3e ee zu Art. 714 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 50 zu Art. 714 ZGB.

anderer Meinung Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 251.

⁷ gleicher Meinung Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 250 und N. 25 zu Art. 890 ZGB.

anderer Meinung BERGMAIER 183 ff.

dem Gläubiger an Stelle der Zinsen zukommen oder aber, daß sie auf die Forderung verrechnet werden sollen⁸.

B. Bei der Verwertung

Eine Pflicht zur Verwertung besteht zunächst insofern, als der Fiduziar nicht gegen das Vermögen des Schuldners vorgehen darf, bevor er nicht seine Befriedigung aus dem Sicherungsgegenstand angestrebt hat. Das ergibt sich meines Erachtens schon aus dem Sicherungszweck des Geschäfts, ein gegenteiliges Verhalten des Gläubigers käme ferner auch einem Verstoß gegen Treu und Glauben gleich (ZGB Art. 2)⁹.

Die Pflicht zur Verwertung ergibt sich aber auch in dem Sinne, als der Fiduziar nicht ohne Abrechnung die Sache für sich behalten darf, wenn der Schuldner seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt. Die *lex commissoria* ist weder der Sicherungsübereignung immanent, noch kann sie gültig vereinbart werden¹⁰.

Hingegen kann der Fiduziar auch ohne ausdrückliche Vereinbarung die Sache freihändig verkaufen, er braucht nicht den mühsameren Weg der Betreibung auf Pfandverwertung (SchKG Art. 41) zu beschreiten. Das resultiert aus seiner selbständigen Stellung als Eigentümer der Sache¹¹. Immerhin hat er mit aller Sorgfalt vorzugehen, er haftet zunächst aus dem

⁸ vgl. BGE 72 II 236.

Kommentar WIELAND N. 2 zu Art. 890 ZGB.

Kommentar LEEMANN N. 7 ff. zu Art. 890 ZGB.

KELLER 62 ff.

REYMOND 42 ff.

ERZER 114.

GERSTLE 56.

⁹ wie das schon REYMOND 46 antönt, obschon er den Entscheid BIZR 44 (1945) 346, der die gegenteilige Ansicht vertritt, grundsätzlich billigt.

vgl. dazu Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 241 am Ende und N. 268.

¹⁰ vgl. vorn 78 ff.

¹¹ In diesem Sinne auch:

Kommentar OFTINGER, Systematischer Teil, N. 266.

REYMOND 46.

ERZER 111 ff.

HAFFTER 152.

REICHWEIN 325.

bezüglich der Banken RUDOLPH J. KADERLI, Die Sicherung des Bankkredites (Diss. Bern 1938) 82 ff.

Zur privaten Verwertung vgl. Kommentar OFTINGER N. 48 ff. zu Art. 891 ZGB.

Sicherungsvertrag, aber auch aus ZGB Art. 2: sein Verhalten hat sich nach Treu und Glauben im Verkehr zu bestimmen.

Es steht dem Gläubiger auch frei, die Sache für sich zu behalten, nur ist er verpflichtet, mit dem Schuldner abzurechnen und einen Überschuß über die normalen Marktpreise herauszugeben.

III. Pflichten des Fiduzianten

A. Vor der Schuldfälligkeit

a) Ersatz der Verwendungen

Der Schuldner ist verpflichtet, dem Gläubiger die Auslagen zu ersetzen, die ihm etwa durch den Unterhalt, die Verwahrung und die Versicherung des Sicherungsgegenstandes entstehen¹². Die Ersatzpflicht bezieht sich auf notwendige und nützliche Verwendungen, für weitere Verwendungen besteht das *jus tollendi* des Fiduziars¹³.

b) Eine Pflicht zur *Nachdeckung* besteht nur, wenn sie vereinbart wird¹⁴.

B. Im Falle der *Verwertung* hat der Fiduziant für einen allfälligen Mindererlös aufzukommen.

§ 13. Zusammenfassung und Nachwort

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist ein empfindliches Gebilde, das die Doktrin immer eingehend beschäftigt hat und das auch heute noch gewisse Schwierigkeiten in sich birgt. Über einige Punkte hat man nun allerdings Klarheit erlangt, so vor allem, daß eine Teilung des Eigentumsrechtes zwischen Fiduziant und Fiduziar vor dem positiven Recht nicht standhält¹. Weiter ist auch an der grundsätzlichen Zulässigkeit der fiduziarischen Übereignung und der Sicherungsübereignung im besonderen nicht mehr zu zweifeln².

In anderer Hinsicht ist jedoch eine endgültige Abklärung noch nicht erfolgt: Der Rechtsgrund der fiduziarischen Eigentumsübertragung bildet noch ein zentrales Problem der Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft. Einige Gesichtspunkte ergaben sich im Verlaufe dieser Arbeit über die

¹² vgl. BIZR 21 (1922) 76.

¹³ vgl. des weiteren VON TUHR/SIEGWART I 120 ff.

¹⁴ vgl. BGE 42 II 18.

ZBJV 59 (1923) 34.

¹ vgl. vorn § 7.

² vgl. vorn § 5.

besondere Rechtsfigur der Sicherungsübereignung; sie seien hier kurz zusammengefaßt:

Grundsätzliche Betrachtungen zur Rechtsnatur der Sicherungsübereignung haben gezeigt, daß keine der typischen Vertragsarten diesem Geschäft gerecht zu werden vermag, daß es sich vielmehr um einen *contractus sui generis* handelt³. Auch die anderen Formen fiduziarischer Eigentumsübertragung lassen sich nicht unter gesetzliche Vertragsarten subsumieren⁴.

Dieses Ergebnis steht in direktem Zusammenhang mit der Frage des Rechtsgrundes der Übereignung, denn am Ende der Untersuchungen zur *causa*⁵ ließ sich feststellen, daß unter Rechtsgrund der Übereignung nichts anderes verstanden werden kann als der Vertrag, der dieser Eigentumsübertragung zu Grunde liegt. Es ergibt sich somit für die fiduziarische Übereignung auch eine *atypische causa*, eine *causa sui generis*. Der Gültigkeit der Eigentumsübertragung tut das keinerlei Einbuße, sofern sie von den Parteien nur ernstlich gewollt ist.

Hingegen bringt der atypische Charakter des zugrundeliegenden Geschäfts Folgen mit sich, die den typischen Verträgen auf Eigentumsübertragung fremd sind. Das äußert sich besonders in einem Punkt: *Merkmal der fiduziarischen Übereignungen ist jeweils der provisorische Charakter der Eigentumsübertragung, d.h. das Eigentum soll unter gewissen Umständen an den Veräußerer zurückfallen*. Darin unterscheidet sich diese Rechtsfigur grundsätzlich von den typischen Vertragsarten, die eine Übereignung vorsehen, denn dort soll der Eigentumsübergang jeweils ein *definitiver* sein: typisch ist der Umsatz- oder Bereicherungszweck.

Seitdem nun der Eigentumsübergang kausal gestaltet wird, ist die dingliche Wirkung direkt abhängig vom gesamten relevanten Parteiwillen. *Da bei den typischen Vertragsarten die Übereignung definitiv ist, kommt der Kausalnexus von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung im allgemeinen nur bei der Übereignung selbst zum Ausdruck*, nur diese eine Seite der

³ vgl. vorn § 4.

⁴ vgl. Kommentar HOMBERGER N. 18 zu Art. 956 ZGB.

WALTER YUNG, *Simulation, fiducie et fraude à la loi*, in: *Mélanges Georges Sauser-Hall* (Neuchâtel/Paris 1952) 139 ff. S. 150.

AMMANN 34 ff.

BERGMAIER 69 ff.

REYMOND 39 ff.

KELLER 25 ff.

partiell auch ERZER 32 ff.

⁵ vgl. vorn § 9.

Kausalabhängigkeit ist von Bedeutung. Aus der besonderen Natur der fiduziarischen Übereignung, die eben nur *provisorischen* Charakter trägt, ergibt sich jedoch eine weitere Folge der Kausalität der Übereignung, *indem der direkte Zusammenhang von Grundgeschäft und dinglicher Wirkung auch dann zum Ausdruck kommt, wenn sich die Parteien über die Aufhebung der Übereignung einig sind.* Bei der Sicherungsübereignung ist das der Fall, wenn die Forderung getilgt wird, bei der Verwaltungstreuhand, wenn das Eigentum des Fiduziars aus irgendeinem Grund nicht mehr gerechtfertigt ist, was sich aus dem Grundgeschäft ergeben muß. Insbesondere wird das zutreffen, wenn der Fiduziar in Konkurs gerät.

Daß *diese* Seite der Kausalitätswirkung nicht beachtet wurde, ist einzig daraus zu erklären, daß sie sich bei allen typischen Verträgen gar nicht äußern kann⁶.

Auf diese Weise findet auch ein Kernproblem des fiduziarischen Eigentums seine Lösung, *indem der Fiduziant im Konkurs des Fiduziars aussonderungsberechtigt wird.* Damit ist das geradezu groteske Resultat vermieden, daß der Fiduziant, der Werte dem Fiduziar etwa zur Verwaltung anvertraut hat, im Konkurs zusehen muß, wie sich die Gläubiger des Fiduziars aus «seinen» Sachen befriedigen. Wenn heute die Doktrin einhellig dem Fiduzianten ein solches Aussonderungsrecht versagt⁷, so ist das wohl eine Folge wissenschaftlicher Tradition. Im Momente aber, wo eine gerechtere Lösung *möglich* ist, sollte nicht länger an überkommener Auffassung festgehalten werden. Allein dadurch vermag die Kausalität der Übereignung ihren eigentlichen Sinn zu erfüllen, nämlich dem Parteiwillen entsprechend zum Durchbruch zu helfen und damit einem primären Postulat der Gerechtigkeit Genüge zu tun.

⁶ abgesehen etwa von den Fällen der Resolutivbedingungen und des Rücktritts vom Vertrag.

vgl. AUGUST SIMONIUS, Der Kauf als Mittel der Übertragung und der Verletzung des Eigentums, in: Festschrift für Theo Guhl, Vom Kauf nach schweizerischem Recht (Zürich 1950) 41 ff. S. 49 ff.

⁷ vgl. die vorn S. 155 N. 5 Zitierten.

